الدكتور
أسامة أبو الحسن مجاهد
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق - جامعة حلوان

تعويض الطفل عن ميلاده معاقا

٢٠٠٢

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ ش عبد الخالق ثروت — القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يعد الحكم الصادر من الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ ، والذي عرف بحكم PERRUCHE، والذي أرست فيه مبدأ مسئولية الطبيب عن تعويض الطفل عن الإعاقة التي لحقت به نتيجة خطئه في تشخيصها قبل الولادة ، حكما من أشهر الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض الفرنسية دون جدال .[١]

وقد اتسم هذا الحكم رغم أهميته الكبرى وما أثاره من مناقشة ندر أن يحظى بها حكم قضائي ، كما سنرى ، بتسبيب مختصر اقتصر على ذكر أركان المسئولية المدنية التقليدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، وهو ما دفع البعض وبحق إلى القول أنه من المستحيل في مثل

---

[١] راجع في هذا المعنى :

François TERRÉ : Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 .

وسوف نرى من خلال هذه الدراسة أن الأستاذ JESTAZ لم يبالغ حينما قال أن : « مشكلة قضية PERRUCHE التي بدأت بعد صدور حكم الجمعية العمومية قد استهلكت منا وقتا طويلا ومعتبرا ، وقد تحدثنا فيها طويلا ، وبمناقشات بيزنطية ، سواء في الهاتف أم بين المحاضرات بل وأيضا أثناء تناول الوجبات » .

Philippe JESTAZ : Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire PERRUCHE) , RTD civ. (3) 2001 , p.547 .

هذه الحالة بالغة الخطورة الاقتصار على القول : بأن هناك خطأ ، وضرر ، وعلاقة سببية ؛ وليس عندنا شيء آخر لنقوله وكل شيء انتهى ، بل أن الأمر كان أكثر خطورة من ذلك حقا ، إذ تصارعت في هذا الحكم ثلاثة قوى ، فهناك أولا التقدم الشاسع في علم الجينات والذي أدى في عصرنا هذا إلى تطورات فائقة لطب قبل الولادة ، وهناك ثانية مسألة انشغال محكمة النقض الفرنسية ، بطريقة لا تطاق أحيانا ، بتوسيع مسئولية الأطباء وبصفة خاصة في نطاق الالتزام بالإعلام .[٢] وهناك أخيرا ظهور خطر التهوين من شأن الإجهاض : فقد بدأ الأمر أولا ، وعلى سبيل الاستثناء ، بتحريره عن طريق إجازة الإجهاض الإرادي للحمل ، ثم بالتأكيد التشريعي على الحق في الإجهاض ثم

---

[٢] ومـن ذلـك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ فبراير ١٩٩٧ من أن الطبيب ليس ملتزما فقط بإعلام المريض بل أنه يقع عليه أيضا عبء إثبات أنه قد نفذ هذا الالتزام : راجع :

Christian LAPOYADE DESCHAMPS : Les médecins à l'éprouve (à propos de l'arrêt de la 1re chambre civile du 25 février 1997) . Responsabilité civile et assurance , avril 1997 p.4 .

وهو ما دفع البعض إلى الحديث في هذه المسألة تحت عنوان لا يخلو من طرافة وإن كان معبرا جدا عن هذه النقطة وهو : أطباء يخافون القانون :

Gérard MÉMETEAU : Des médecins qui avaient peur du droit . Gaz. Pal. 7-8 septembre 2001 p. 3.

وراجع تفصيلا في ميل القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسئولية الطبية : أشرف جابر : التأمين من المسئولية المدنية للأطباء ، رسالة ، القاهرة ١٩٩٩ فقرة ٦٠ وما بعدها ص ١٢٣ وما بعدها .

بالتعويض عن الإخلال بهذا الحق والذي سيفضي الآن وبرعاية محكمة النقض ، إلى الحث على الإجهاض ، أو ما يطلق عليه من باب التجميل: الموت بدافع الشفقة قبل الولادة ، وتحسين النسل ؟[٣]

وقد بلغت المناقشات والخلافات حول هذا الحكم ، فيما نعلم ، حدا لم نصادفه من قبل بشأن حكم قضائي ، خاصة وأن ذلك لم يكن قاصرا على رجال القانون بل تعدى الأمر بطبيعة الحال إلى الأطباء وبصفة خاصة أولئك الذين يتولون متابعة الحمل والتشخيص بالموجات فوق الصوتية والمتصلين بالتحاليل الطبية ، وكذلك الجمعيات المهتمة بشئون المعاقين .[٤]

كما ساهم عامل آخر في اتساع المناقشة حول هذا الحكم ، وهو أن هذه المناقشة لم تبدأ بصدوره ، بل بدأت قبل ذلك بعدة أعوام وتداولتها العديد من أحكام محاكم الموضوع ومجلس الدولة الفرنسي ، ثم انتقلت المناقشة إلى رحاب محكمة النقض الفرنسية لتصدر قضاءها الأول في هذه المسألة في ٢٦ مارس ١٩٩٦ ، ولتعود الدعوى إلى

---

[3] François TERRÉ : Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 .

[٤] إلى الحد الذي دفع المحرر الصحفي Pierre Rance إلى أن يتساءل في مقابلة مع أحد الفقهاء : ***فلماذا إذن كل هذه المناقشات والتدخلات الإعلامية واستعراض العضلات بين العديد من رجال القانون ؟***

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire)

محكمة الاستئناف التي رفضت الانصياع لحكم الدائرة المدنية الأولى ، فعادت الدعوى من جديد لتنظرها الجمعية العمومية ولتصدر حكمها الشهير في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ ، والذي ثارت عليه ثائرة غالبية الفقه الفرنسي والأطباء المعنيين ، وخرجت عليه إحدى محاكم الاستئناف ، فعادت الجمعية العمومية لمحكمة النقض للتأكيد على ذات المبدأ في ثلاثة أحكام أصدرتها في ١٣ يولية ٢٠٠١ ولكنها أيدت مع ذلك أحكام محاكم الاستئناف التي رفضت الحكم بتعويض الطفل ، ثم عادت للتأكيد عليه في حكمين أخيرين في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١ ، ثم يتدخل المشرع الفرنسي ليحاول حل هذا الخلاف بالقانون الصادر في ٤ مارس ٢٠٠٢.

وفي كل هذه المراحل ، ظهر فقه غزير ومتحمس ناقش المسألة بعمق ، خاصة وأنها من المسائل التي لا يستطيع فيها القانون أن ينفصل عن الأخلاق وعن القيم الرئيسية للمجتمع والحقوق الأساسية للإنسان ، وهو ما دفعنا إلى المشاركة في بحث هذه المسألة وذلك من خلال خطة البحث التالية :

خطة البحث

مبحث تمهيدي

نص حكم PERRUCHE الشهير

وبعض العموميات بشأن مشكلة تعويض الطفل عن ميلاده معاقا

المبحث الأول

موقف القضاء السابق على حكم PERRUCHE

من مشكلة تعويض الطفل عن ميلاده معاقا

المبحث الثاني

عرض مفصل لدعوى PERRUCHE

المطلب الأول : وقائع الدعوى وإجراءاتها .

المطلب الثاني : رد المحامي العام SAINTE-ROSE على أسباب الطعن بالنقض .

المبحث الثالث

موقف الفقه الفرنسي من حكم PERRUCHE

المطلب الأول : رفض غالبية الفقه الفرنسي لحكم PERRUCHE .

المطلب الثاني : رأي الفقه المؤيد لحكم PERRUCHE .

المطلب الثالث : رأي الأستاذة VINEY بشأن حكم PERRUCHE

المبحث الرابع

التطورات اللاحقة لحكم PERRUCHE

المطلب الأول : مقاومة محكمة استئناف Aix-en-Provence لحكم PERRUCHE .

المطلب الثاني : القضاء الثاني للجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٣ يولية ٢٠٠١.

المطلب الثالث : إصرار الجمعية العمومية على موقفها في قضائها الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١.

المطلب الرابع : المشرع الفرنسي يعالج المشكلة في قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ بشأن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي .

مبحث تمهيدي

نص حكم PERRUCHE الشهير

وبعض العموميات بشأن مشكلة تعويض الطفل عن ميلاده معاقا

المطلب الأول

نص حكم PERRUCHE الشهير [°]

بعد الاطلاع على المادتين ١١٦٥ و ١٣٨٢ من التقنين المدني ،

وحيث قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ ، أولا ، بأن السيد الطبيب ... ، ومعمل Yerres للتحاليل البيولوجية ، قد ارتكبا أخطاء تعاقدية بمناسبة إجراء تحليل للأجسام المضادة للحصبة الألمانية لدى السيدة PERRUCHE عندما كانت حاملا ، وثانيا ، بتعويض الضرر الذي لحق بهذه الأخيرة ، والتي عانى طفلها من أعراض جسيمة ناتجة عن الإصابة بالحصبة الألمانية أثناء الحمل ، طالما أنها كانت قد قررت اللجوء إلى الإجهاض الإرادي

[°] راجع نص هذا الحكم على موقع محكمة النقض الفرنسية على الإنترنت :
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701arr.htm
99-13.701 , Arrêt du 17 novembre 2000 Cour de cassation - Assemblée plénière .
وقد نشر نص هذا الحكم كذلك في معظم الدوريات التي تضمنت تعليقا عليه والتي سنشير إليها تباعا خلال هذه الدراسة .

للحمل في حالة ما إذا تبين إصابتها بالحصبة الألمانية ، وأن الأخطاء المرتكبة قد دفعتها للاعتقاد بأنها لديها مناعة ضد هذا المرض ، وثالثا ، بأن الضرر اللاحق بالطفل لا تربطه علاقة سببية بهذه الأخطاء ؛

وحيث أنه قد سبق نقض هذا الحكم فقط فيما يتعلق بشقه الخاص بالضرر اللاحق بالطفل ، إلا أن حكم محكمة الإحالة المطعون فيه بالنقض قد قضى بأن ''الطفل Nicolas PERRUCHE لم يلحقه ضرر واجب التعويض على علاقة سببية بالأخطاء المرتكبة'' لأن الأعراض التي أصابته كان سببها الوحيد الحصبة الألمانية التي أصابت أمه وليس هذه الأخطاء وأنه لا يجوز له الاستناد في دعواه إلى قرار والديه بشأن بإسقاط الحمل .

« وحيث أنه ، على الرغم من ذلك ، وطالما أن الأخطاء التي ارتكبها الطبيب والمعمل في تنفيذ العقود المبرمة مع السيدة PERRUCHE قد حالت بينها وبين مباشرة خيارها في إسقاط حملها بغرض تجنب ولادة طفل معاق ، فإنه يجوز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذه الإعاقة والذي سببته الأخطاء التي ارتكبت ».[٦]

---

[6] Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues .

لهذه الأسباب : ودون حاجة للفصل في أوجه الطعن الأخرى :

حكمت المحكمة بنقض الحكم الصادر من محكمة استئناف Orléans في ٥ فبراير ١٩٩٩ وبإحالة الدعوى لمحكمة استئناف باريس لتنظرها بدائرة مغايرة للدائرة التي أصدرت الحكم الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ ." [٧، ٨]

---

[٧] سيتضح لاحقا أن هذه الدعوى قد سبق نظرها أمام محكمة استئناف باريس التي أصدرت فيها حكمها المؤرخ بالمتن . راجع ما سيلي تحت عنوان : وقائع الدعوى وإجراءاتها .

[٨] ونظرا لأهمية الحكم المذكور ، ولأننا قد ترجمناه بالمتن ببعض التصرف فنورد هنا نصه كاملا بالفرنسية :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. X..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale d'Yerres, aux droits duquel est M. K..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme P... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la cour de renvoi dit que "l'enfant Nicolas P... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises" par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ; =

= Attendu, cependant, que ***dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;***

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993 ;

Condamne la Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français, M. X..., la Mutuelle des pharmaciens et le Laboratoire de biologie médicale aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la Caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne ;

المطلب الثاني

بعض العموميات بشأن مشكلة تعويض الطفل عن ميلاده معاقا [٩]

يستهل السيد SAINTE-ROSE المحامي العام لدى محكمة النقض الفرنسية مذكرته في هذه الدعوى بإيجاز المشكلة في السؤال التالي : هل يجوز للطفل المصاب بعاهة خلقية أو بخلل في الجينات ، التضرر من أنه قد ولد معاقا بدلا من ألا يولد ؟

لقد أدى التطور المتواصل للعلوم الطبية الحيوية [١٠] خلال العشرين عاما الماضية ، وللقواعد التشريعية المشجعة للتحكم في التناسل البشري ، إلى ظهور فروض جديدة للمسئولية الطبية ومسئولية المستشفيات وضعت رجال القانون أمام خيارات حاسمة ، فقد أدى ذلك مثلا إلى ظهور بعض قضايا التعويض المرتبطة بميلاد طفل غير

---

[٩] راجـع تفصيلا ديباجة مذكرة مرافعة السيد SAINTE-ROSE المحامي العام لدى محكمة النقض الفرنسية في دعوى PERRUCHE :

CONCLUSIONS de Monsieur l'Avocat Général Jerry SAINTE-ROSE

وهي منشورة على موقع محكمة النقض الفرنسية على الإنترنت :

http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701concl.htm

وراجع نص المذكرة أيضا في :

JCP Éd. G. 2000 , II , n° 10438 p.2302 et s.

وننوه إلى أننا سنتبع في الإشارة إلى ما ورد بهذه المذكرة أرقام الصفحات كما وردت بالأسبوع القانوني ما لم يقتض الأمر الإشارة إلى النسخة المنشورة على الإنترنت .

[10] sciences biomédicales .

مرغوب فيه لأنه لم يأت ملبيا لتوقع والديه بسبب حالته الصحية ، ومن ثم فإنهما يعتبران هذا الميلاد ، الذي تم بمساعدة طبية ، بمثابة ضرر طالما كان من الممكن أو من الواجب تجنبه .

ويمكن تصنيف المنازعات التي انتهى بها المطاف إلى محاكم القضاء العادي أو الإداري إلى ثلاثة طوائف تتعلق الأولى بإخفاق إسقاط الحمل أو بإخفاق التعقيم (عندما لا تتمكن هذه التدخلات الطبية من منع الولادة) ، والثانية بعدم فاعلية الفحوص أو الاختبارات التي تتم قبل الولادة بغرض اكتشاف الأمراض الجسيمة التي قد تؤثر على الجنين وذلك بطرق مختلفة (مثل تحليل السائل المحيط بالجنين ، واختبار الحصبة الألمانية ، والفحص بالموجات فوق الصوتية) ، والثالثة بعدم صحة التشخيص الذي يتم قبل الولادة بهدف اكتشاف الأمراض الوراثية والأشخاص الذين يمكن أن تنتقل لهم .

وهكذا يرفع الوالدان الدعوى باسمهما الخاص وكذلك باسم طفلهما الذي لم تكتشف إعاقته إلا بعد ولادته ، فيجب التمييز إذن بين نوعين من الدعاوى حتى ولو كانت الدعويان ترفعان معا من الناحية العملية : الأولى : تلك التي تهدف إلى تعويض ضرر الوالدين والتي يعبر عنها في أمريكا بدعوى الميلاد الخطأ wrongful birth ، والأخرى : تلك التي تباشر لحساب القاصر والتي يعبر عنها بدعوى

الحياة الخطأ wrongful life والتي تهدف إلى تعويض الضرر المتمثل في الحياة المعاقة [11] التي فرض عليه أن يعيشها .

وعلى الرغم من وجود بعض الاختلافات التي تنظم العلاقة بين ممارسي المهن الطبية ومرضاهم تبعا لما إذا كان الميلاد قد تم في مستشفى عام أم في مستشفى خاص أو عيادة خاصة ، إذ يكون تنظيم العلاقة قانونيا أو لائحيا في الحالة الأولى وعقديا في الثانية ، إلا أن القضاء قد استقر على قيام المسئولية الطبية وفقا للشروط التقليدية للمسئولية بصفة عامة ، وعلى أن الخطأ يتمثل بصفة أساسية في مخالفة المعطيات الحالية للعلم وأنه ينتج عن مخالفة التزام ببذل عناية .

ومع ذلك ، فإن تطبيق آليات المسئولية المدنية على التساؤلات التي تثيرها ظاهرة معقدة مثل الميلاد لا يثير فقط صعوبات ذات طابع قانوني (مثل إثبات الأضرار ، ورابطة السببية) ، إذ يرتبط التعويض هنا ببعض المسائل الفلسفية ، إذ تطرح بعض التساؤلات الوجودية التي تتعلق بالحق في الحياة وفي الإجهاض بل وبتحسين النسل والتي تتضمن أبعادا عامة وليس مجرد بعد قانوني نظرا لمحتواها الأخلاقي ، وحتى في بعدها القانوني ، فإن هذه التساؤلات لا تسمح باختزال المناقشة إلى مجرد مشكلة تعويض لأنها تمس بالمبادئ الجوهرية لقانون الأشخاص والأسرة . وفي ظل المكانة الخاصة التي يجب أن تولى لمبدأ كرامة

---

[11] la vie diminuée .

الشخص الإنساني والذي يلقى في أيامنا هذه عناية فائقة من القضاء [١٢]، والفقه [١٣]، خاصة بعد أن كرسته العديد من النصوص التشريعية [١٤]،

---

[١٢] راجع على وجه الخصوص قرار المجلس الدستوري في فرنسا والذي قرر أن نصوص التشريعين الصادرين في ٢٩ يولية ١٩٩٤ المشار إليهما لاحقا تتفق مع الدستور الفرنسي :

Conseil constitutionnel : décision n° 94-344-345 DC du 27 juillet 1994

وذلك على موقع المجلس الدستوري على شبكة الإنترنت :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343dc.htm

وراجع أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٧ أكتوبر١٩٩٥ والذي تضمن أن احترام كرامة الشخص الإنساني هو أحد مكونات النظام العام :

« que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public ». Conseil d'Etat : 27 octobre 1995, commune de Morsang-sur-Orge, Rec. p. 372,

يمكن الرجوع إليه على شبكة الإنترنت على موقع :

Revue de l'Actualité Juridique Français .
http://www.rajf.org/ce/ce27101995.php

[١٣] راجع الفقه المشار إليه والمتعلق بقرار المجلس الدستوري سالف الذكر على ذات الموقع .

[١٤] راجع بوجه خاص نصوص المرسوم رقم ١٠٠٠ لسنة ١٩٩٥ بشأن الآداب الطبية

DECRET n° 95-1000 DU 6 SEPTEMBRE 1995 PORTANT CODE DE DEONTOLOGIE MEDICALE .

على موقع نقابة الأطباء الفرنسية على شبكة الإنترنت :

Ordre national des médcins :
http://www.conseil-national.medecin.fr/CNOM/Deontologie.nsf/V_DE/$first

ونشير بصفة خاصة إلى المادة الثانية منه في فقرتها الأولى والواردة بالباب الأول بعـــنوان : واجبات عامة على الأطباء ، والتي تنص على أن '' يمارس الطبيب =

والذي تضمنته أيضا نصوص التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله (المادة ١٦ وما بعدها)[١٥]، وهو المبدأ الذي يمكن أن يقدم حلولا حاسمة أو على الأقل إيضاحا مفيدا في هذا الشأن .

= مهمـته فـي خدمة الفرد والصحة العامة ، مع احترام الحياة الإنسانية للشخص وكرامته ''

TITRE I , Devoirs généraux des médecins ; Article 2 : « Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité ».,

١٥ راجع القانون رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤ والخاص باحترام الجسم البشري :
Loi 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain
والـذي عـدل بعـض مواد التقنين المدني الفرنسي وأضاف إليه العديد من المواد ونخـص بالذكـر المـادة ١٦ والتي أصبحت تنص على أن '' يكفل القانون سمو الشـخص ويمـنع أي اعتداء على كرامته ويضمن احترام الكائن البشري منذ بداية حياته ''.

"Art. 16. - La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle- ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie."

والمـادة ١٦-١ والتي تنص على أن : '' لكل إنسان الحق في احترام جسده . ولا يجوز المساس بالجسد البشري . ولا يجوز أن يكون الجسد البشري وعناصره وما ينتج عنه محلا لحق مالي ''.

Art. 16-1.- " Chacun a droit au respect de son corps.
Le corps humain est inviolable.
Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ".

راجع نصوص التشريع سالف الذكر على موقع المركز القومي للبحث العلمي على شبكة الإنترنت :

Center national de la recherche scientifique
http://www.cnrs.fr/SDV/loirespectcorps.html

=

- وراجع أيضا القانون رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ والخاص بالتبرع بعناصر ومنتجات الجسد البشري وباستعمالها ، والمساعدة الطبية ، والإنجاب والتشخيص قبل الولادة.

LOI N° 94-654 du 29 JUILLET 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal.

على موقع المركز الطبي الجامعي في Rouen على شبكة الإنترنت :

Centre hospitalier universitaire de Rouen – Hôpitaux de Rouen .
http://www.chu-rouen.fr/uchpg/LOI5.html

المبحث الأول

موقف القضاء السابق على حكم PERRUCHE من مشكلة تعويض الطفل عن ميلاده معاقا [١٦ ، ١٧]

أولا : البداية : إرساء مبدأ أن الميلاد في حد ذاته ليس ضررا منشئا للحق في التعويض :

أرسى مجلس الدولة الفرنسي في ٢ يولية ١٩٨٢ مبدأ أن الميلاد في حد ذاته ليس مسببا لضرر ينشئ للأم حقا في التعويض [١٨]، وكانت المدعية في هذه الدعوى ، ولكونها غير متزوجة ومحدودة الدخل ،

---

[١٦] وسنرى خلال هذه الدراسة كيف يستعمل الفقه كثيرا للتعبير عن هذه المسألة تسمية : مشكلة دعوى الحياة الضارة :

l'action de vie préjudiciable.

[١٧] راجع تفصيلا مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE بدعوى PERRUCHE ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٣ وما بعدها .

[18] « La naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans success, en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises aux art. L. 162-6 C. santé public par une femme enceinte, ***n'est pas génératrice d'un prejudice de nature à ouvrir à la mere un droit à réparation*** par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressé ». Conseil d'Etat 2 juillet 1982, Delle R… c. Centre hospitalier de M…, Gaz. Pal. 1983, I, p.193, note Franck MODERNE ; D. 1984, Jur. p. 425, note Joël-Benoît d'ONORIO .

وراجع أيضا موجزا للحكم المذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي :

http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm

تتضرر من فشل الإجهاض الإرادي للحمل ولكن طفلها كان قد ولد بصحة جيدة .[١٩]

كما تبنت محكمة النقض ذات الموقف في حكمها الصادر في ٢٥ يونية ١٩٩١ ، في دعوى مماثلة ، وقررت أن ''وجود الطفل لا يجوز أن يكون بذاته بالنسبة لأمه بمثابة ضرر واجب التعويض قانونا حتى ولو كان ميلاده قد تم على أثر الفشل في إجراء إسقاط الحمل'' و ''بعدم وجود ضرر خاص يضاف إلى أعباء الأمومة العادية يكون من شأنه أن يسمح للأم بالمطالبة بالتعويض''.[٢٠]

---

[١٩] وقد أوردت في عريضة دعواها تفصيلا ما تدعيه من ضرر وهو الضرر الأدبي الناتج عن هذا الميلاد الذي لم ترغب فيه ومن وضعها الاجتماعي كامرأة غير متزوجة ، وكذلك الضرر المادي المتمثل في الأعباء المالية لهذا الطفل . راجع تعليق Joël-Benoît d'ONORIO على حكم مجلس الدولة المذكور سالفا ، ص ٤٢٦ وتعليق Franck MODERNE على ذات الحكم ص ١٩٤ .

[20] " L'existence de l'enfant qu'il a conçu ne peut, à elle seul, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement reparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse " .... "l'absence d'un dommage particulier qui ajouté aux charges normales de la maternité aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité". Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1991 Bull. Civ. n° 213, D. 1991, Jur., p. 566, note Philippe LE TOURNEAU.

ويشير LE TOURNEAU في تعليقه على هذا الحكم إلى أن محكمة النقض قد أيدت فيه للمرة الأولى ما جرى عليه قضاء محاكم الموضوع ومجلس الدولة في هذه المسألة ، راجع ص ٥٦٧ .

وقد فتح مجلس الدولة في حكمه المذكور سالفا في ١٩٨٢ الطريق لبعض الاستثناءات ، ربما من أجل مواجهة بعض الحالات المؤلمة ، فتحفظ بشأن الفرض الذي تستند فيه الأم لظروف خاصة أو لوضع خاص [٢١]، ولكنه لم يحدد هذه الظروف ، ولكنها يمكن أن تتضمن ، وفقا لما ورد بمرافعة مفوض الحكومة وتعليقات الفقه ، ميلاد الطفل معاقا ، ولكن تقرير هذا الاستثناء لا يعني التنصل من قواعد المسئولية المدنية ، وبصفة خاصة ضرورة وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر وكذلك تحديد الحق المعتدى عليه ، فليس كل ضرر قابل للتعويض بالضرورة ، ومن ثم فإن دعوى الطفل ودعوى الوالدين ليس لها ذات المصير بالضرورة .[٢٢]

ثانيا : محاكم الموضوع في القضاء العادي ترسي مبدأ تعويض الوالدين وترفض تعويض الطفل :

أجازت محاكم الموضوع تعويض الوالدين بسبب خيبة الأمل المبررة التي ألحقتها بهما المساعدة الطبية والتي لم تسمح لهما باتخاذ القرار عن بصيرة ، وذلك إما باستعمال حيلة فوات فرصة اللجوء للإجهاض ، وإما بواسطة فكرة الضرر المرتد عن واقعة الرؤية اليومية لإعاقة الطفل ، ولكنها رفضت ، في الغالب ، قبول دعوى الطفل إما

---

[21] *"des circonstances ou une situation particulière"*.

[٢٢] راجع مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE في دعوى PERRUCHE ص ٢٣٠٤ .

لأسباب أخلاقية ، وإما لعدم وجود علاقة سببية بين عاهة الطفل وخطأ الطبيب .[٢٣]

---

[٢٣] ومن هذه الأحكام :

TGI Montpellier, 15 décembre 1989, JCP 1990, II, 21556, note Jean-Pierre GRIDEL .

ويتلخص موضوع هذه الدعوى في أن امرأة حامل قد أجرت تحليلا للسائل المحيط بالجنين بهدف تحديد مدى انتظام الكروموسومات le cariotype للطفل المنتظر ولادته ، وكانت قد قررت أنها ستجري إجهاضا إراديا للحمل في حالة ما إذا تبين أن الطفل سيكون مصابا بمتلازمة داون أو المنغولية ، وعلى أثر النتيجة الخاطئة لهذا التحليل ، فقد وضعت طفلا مصابا بالعته المنغولي ، فقضت المحكمة بتعويض الوالدين عما أصابهما من ضرر مقررة أن ''الضرر الوحيد الذي يجوز تعويضه هو ذلك الذي يتمثل في فوات فرصة إجراء إسقاط الحمل بالجنين المصاب بداء ذي جسامة خاصة ومستعص على الشفاء لحظة إجراء التشخيص'' بينما رفضت طلب التعويض المقدم منهما كنائبين قانونيين عن طفلهما، وسببت ذلك بصفة أساسية بأن ''العته المنغولي الذي لحق به ليس على الإطلاق من فعل المدعى عليهم وأن طلب التعويض المتعلق به لا يمكن إلا أن يرفض طالما أن الضرر الذي يستند له ليس شيئا آخر بخلاف كونه طفلا منغوليا على قيد الحياة ؛ فلا يجوز للوالدين أن يحلا محل الطفل في تأكيد حقه في ألا يوجد على قيد الحياة''.

وراجع أيضا :

CA Versailles, 8 juillet 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU .

والذي لا يختلف كثيرا عن الحكم السابق حيث قضت المحكمة بتعويض الوالدين على أساس فوات فرصة إجراء إسقاط الحمل ورفضت على العكس تعويض =

ثالثا : محكمة النقض تتجه إلى تعويض الطفل أيضا :

ولكن محكمة النقض قد قضت لأول مرة في حكمها الصادر في ١٦ يولية ١٩٩١ ، بالتعويض لصالح طفل مصاب بتشوهات خلقية جسيمة ، وقررت أن خطأ الطبيب الذي لم يصف للأم عند الفحص السابق على الزواج مصل الحصبة الألمانية على الرغم من ضرورته ، قد أدى إلى أن تفوت عليه ''فرصة تجنب معاناة نتائج الحصبة الألمانية التي انتقلت له عبر أمه في بداية الحمل''، وأكدت في حكمها على توافر علاقة السببية بين هذا الخطأ وفوات الفرصة المذكورة .[٢٤]

وقد أخذ ذات الحكم أيضا على الطبيبين المتابعين للحمل أنهما قد أخلا بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات الذي يلتزمان به تجاه مريضتهما ، والذي كان من شأنه أن يسمح لها باتخاذ قرار متبصر بشأن إجراء

=الطفل بسبب انعدام علاقة السببية بين الأخطاء المرتكبة والضرر الذي لحق به .
وراجع أيضا في ذات الاتجاه :

CA Paris 17 décembre 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU .

وننوه إلى أن الحكم الأخير لمحكمة استئناف باريس هو ذاته الذي كان محلا للطعن بالنقض فيما بعد في دعوى PERRUCHE الشهيرة .

[24] Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1991 B. n° 248 ; JCP 1992, II, 21947, p. 394, note Annick DORSNER-DOLIVET .

وقد ورد بالتعليق على هذا الحكم أن الضرر الوحيد الناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعلام كان مجرد فوات فرصة اتخاذ قرار متبصر بشأن اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل ، ***مع استبعاد الضرر المتمثل في مجيء الطفل المعاق إلى الحياة .***
راجع ص ٣٩٥ .

الإجهاض الإرادي للحمل ، وذلك عندما امتنعا عن وصف التحاليل اللازمة ، رغم ظهور أعراض الحصبة الألمانية .[٢٥]

كما أصدرت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض حكمين آخرين لهما دلالة أكبر في ٢٦ مارس ١٩٩٦ أجازت فيهما بطريقة أكثر دقة طلبات التعويض من الوالدين وكذلك تلك التي يرفعانها باسم الطفل .[٢٦] وتتمثل خصوصية الدعوى الأولى في أنها قامت على خطأ في التشخيص السابق على الحمل والذي اعتبر على علاقة سببية

---

[٢٥] ويرى المحامي العام SAINTE-ROSE في مذكرته أن مثل هذه الأسباب تصف أخطاء من شأنها أن تعقد مسئولية الممارسين تجاه الأم أو الوالدين ، ولكن ليس تجاه الطفل على الإطلاق . راجع ص ٢٣٠٤.

[٢٦] راجـع نـص الحكمين المذكورين على موقع GLOSE.ORG القانوني على شـبكة الإنترنت والذي يشرف عليه Frédéric LEPLAT المحامي لدى محكمة النقض الفرنسية .

Civ I, 26 mars 1996, Bull n° 155, N° 94-13-145 .

http://glose.free.fr/Juris/1289.html

Civ I, 26 mars 1996, Bull n° 156, N° 94-11-791 .

http://glose.free.fr/Juris/1290.html

وراجع أيضا :

Cass. 1re civ., 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n° 3946, obs. Murat , et n°3985 obs. G. Viney ; D. 1997, Jur. p. 35, note Roche-Dahan , et somme. p. 322, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1996, p.871, obs. J. Hauser ; RTD civ. 1996 p. 623 note P. Jourdain .

مباشرة مع قرار الزوجين بالحمل ، ثم ولد الطفل ، بعد خمس سنوات من استشارة طبيب الجينات généticien ، حاملا لمرض عقلي وراثي[٢٧] كان والده يعاني منه .[٢٨]

---

[27] hérédo-dégénérative .

[٢٨] ونورد هنا أهم حيثيات هذا الحكم : وننوه أن محكمة الاستئناف في هذه الحالة كانت قد خرجت على القضاء المستقر لمحاكم الموضوع الذي كان يعوض الوالدين فقط وعوضت الطفل أيضا :

أولا : بشأن مسألة تعويض الوالدين :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à indemniser les époux Y... de leur préjudice personnel alors, selon le moyen, d'une part, qu'en manquant d'éclairer les époux sur les risques éventuels de cette naissance, le médecin aurait seulement pu leur faire perdre une chance d'éviter, par un refus de projet parental, les conséquences préjudiciables de cette naissance ; qu'en le déclarant responsable de l'entier préjudice subi par les parents, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ; alors, d'autre part, que la naissance de l'enfant en 1987 n'est pas nécessairement la conséquence de la consultation génétique donnée par M. X... 5 ans auparavant ; «lue l'existence d'un lien de causalité entre la faute imputée au médecin et la perte de chance étant hypothétique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ;

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a retenu que les époux Y... avaient cherché auprès de M. X... un conseil déterminant et une certitude quant à l'absence du risque ; qu'elle a pu en déduire ***que l'erreur commise était en relation directe de causalité avec leur décision de conception d'un enfant*** ; que M. X..., qui n'a pas soutenu devant les juges du fond qu'il n'y avait eu qu'une perte de chance d'éviter, par un refus de procréer, les conséquences préjudiciables de cette naissance, n'est pas recevable à le faire pour la première fois devant la Cour de Cassation ; que, par ailleurs, la cour d'appel 'a encore pu considérer que la consultation génétique donnée 5 ans avant la naissance était en relation directe avec celle-ci dès lors qu'il n'était allégué ni que les troubles actuels de l'enfant eussent eu une autre cause ni que d'autres conseils médicaux déterminants eussent été donnés ; =

أما الدعوى الثانية فهي دعوى PERRUCHE الشهيرة .[29]

= ثانيا : بشأن تعويض الطفل :

Attendu que M. X... fait aussi grief à l'arrêt de l'avoir condamné à indemniser les époux Y... en leur qualité d'administrateurs de leur fille, alors, selon le moyen, que, pour être indemnisé, le préjudice allégué doit être réparable et en relation directe avec la faute commise ; que le handicap dont souffre l'enfant est inhérent il sa personne et notamment à son patrimoine génétique et ne résulte pas des négligences reprochées au praticien ; qu'en statuant ainsi qu'elle a fait, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu que les juges du fond ont pu considérer ***que la faute commise par le praticien en donnant un conseil, qui n'avertissait pas les époux Y... d'un risque de réapparition dans leur descendance des troubles dont M. Y... était atteint, était en relation directe avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire***; que, dés lors, leur décision condamnant M. X... à réparer les conséquences dommageables définitives des troubles de l'enfant est légalement justifiée ;

[29] ونورد هنا أهم ما ورد بحيثيات هذا الحكم : وننوه إلى أن ***الطعن بالنقض كان خاصا بمسألة تعويض الطفل فقط*** الذي كانت محكمة الاستئناف قد رفضته بسبب أن ما أصاب الطفل لم يكن على علاقة سببية مع الأخطاء الطبية ، وأن سببه كان الحصبة الألمانية التي لحقت بأمه أثناء الحمل .

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que, pour débouter M. X... de la demande faite au nom de son fils, tendant à la réparation de son préjudice, l'arrêt attaqué énonce que le fait de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse, ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable ; qu'il retient encore que « les très graves séquelles dont l'enfant demeure atteint n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du praticien à ses obligations contractuelles, mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère » ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement =

رابعا : مجلس الدولة يجيز تعويض الوالدين ولكنه يرفض تعويض الطفل :

ثم يتضح الموقف النهائي لمجلس الدولة من حكمه الصادر في ١٤ فبراير ١٩٩٧ والذي فصل بدوره في دعويين للمسئولية مرفوعتين من والدي طفل ولد مصابا بمتلازمة داون أو المنغولية [٣٠] بعد أن كانت

= induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

وننوه مرة أخرى إلى أن منطوق حكمها قد اقتصر على نقض حكم محكمة الاستئناف فيما يخص تعويض الطفل فقط :

CASSE ET ANNULE, ***mais seulement en ce qu'il a dit que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec les fautes commises,*** ... l'arrêt rendu le 17 décembre 1993, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état o5 elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans.

[٣٠] الإعاقة الخلقية أو المرض الخلقي المسمى : متلازمة داون ، أو المنغولية : والمسمى بالإنجليزية :

Trisomy 21 , mongolisme , Down Syndrome .

وبالفرنسية :

La trisomie 21 , mongolisme , syndrome de Down .

هـــو اجتماع لبعض العيوب الخلقية بسبب خلل في الكروموسومات وبصفة خاصة عـــند الكروموســـوم رقم ٢١ ، ويزداد احتمال الإصابة به كلما تقدم سن الأم عند الحمل ، أو إذا كان الأب مصابا به دون أن تظهر أعراضه عليه ، ويمكن اكتشافه قـــبل الولادة ببعض التحاليل أهمها تحليل السائل المحيط بالجنين ، ويؤدي إلى أن يظهر على الطفل معظم الأعراض التالية : ١- ضعف عضلي ٢- تخلف عقلي =

الأم قد أجرت في مستشفى عام اختبارا للسائل المحيط بالجنين قبل

= ٣- قصـــر القامـــة ٤- نقص وزن المولود نتيجة للولادة قبل الميعاد ٥- تضخم حجـم اللســان ٦- صغر عظام الفك والخدين ٧- زيادة حجم الجلد في الرقبة ٨- انخفاض عظمة الأنف ٩-زيادة في ترهل الجلد في الطفولة وتجعد الجلد في مرحلة المـراهقة ١٠- استدارة الأذن للخلف ١١- تسطح عظام مقدمة الرأس ١٢- قصر الكفيـن مع زيادة في عرضهما . كما تصاحبه في الغالب المضاعفات التالية : ١- عـيوب خلقـية بصـمامات القلـب قد تفيد الجراحة في علاجها ٢- عيوب خلقية بالجهـاز الهضمي منها ضيق الإثني عشر والمريء والمستقيم ٣- الصمم الذي قد يكون راجعا لالتهابات في الأذن الوسطى ٤- عيوب بالنظر كالمياه البيضاء وقصر الـنظر في مرحلة قبل الدراسة ٥- متاعب بالمفاصل وعدم ثبات فقرات العنق ٦- زيـادة احـتمال الإصـابة بسـرطان الدم من عشرة إلى ثلاثين مرة عن الشخص العـادي. ويـتوفى حوالـي ثلاثين بالمائة من المصابين به خلال السنة الأولى من المـيلاد ، وحوالي خمسين بالمائة خلال الخمس سنوات التالية ، وإذا عاش الطفل حـتى العاشـرة فيمكن أن يصل متوسط العمر إلى خمسة وخمسين عاما . راجع تفصيلا في التعريف بهذا المرض وأسبابه وأعراضه ومضاعفاته المقالتين التاليتين: (الأولـى بالفرنسية ومنشورة على موقع doctissimo الطبي والثانية بالإنجليزية ومنشورة على موقع جامعة جورج تاون على شبكة الإنترنت)

Dr Lyonel ROSSANT, Dr Jacqueline ROSSANT-LUMBROSO :

La trisomie 21 , mongolisme ou syndrome de Down , Encyclopédie médicale.

http://www.doctissimo.fr/html/sante/encyclopedie/sa_1163_trisomie21.htm

Jack WELCH : Trisomy 21 (Down Syndrome) , GUCFM Georgetown University , Community and Family Medicine Web Server .
http://www.family.georgetown.edu/welchjj/netscut/genetics/trisomy21.html

الولادة [٣١]، والذي كان الغرض منه الفصل في احتمال الإجهاض الإرادي للحمل ، إلا أن نتيجة هذا الاختبار قد أسفرت ، بطريق الخطأ ، عن عدم وجود أي تشوه .

وقد أيد مجلس الدولة في هذا الحكم حكم محكمة الاستئناف الإدارية ، وعوض الزوجين ، علاوة عن الضرر الأدبي الذي لحق بهما ، عن ضررهما المادي في شكل راتب شهري طيلة حياة الطفل وذلك عن الأعباء الخاصة الناتجة عن عاهته .[٣٢]

---

[31] un examen prénatal par amniocentèse .

[32] CE 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Q... , Rec.CE p. 44 :

راجع المبدأ الذي أرساه هذا الحكم على موقع مجلس الدولة الفرنسي على شبكة الإنترنت :

http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm

''إذا كان ميلاد الطفل معاقا يمكن أن يشكل ، في حالات معينة ، بالنسبة للوالدين ، ضررا من شأنه أن يعقد مسئولية الجهة المعالجة ، ***فإن مثل هذا الميلاد لا يمكن على العكس أن ينظر إليه باعتباره ضررا للطفل نفسه ، وذلك لعدم وجود أية علاقة سببية مباشرة بين الإعاقة والخطأ الذي ارتكبته المستشفى''*** .

"Si la naissance d'un enfant handicapé peut, dans certains cas, constituer pour les parents un préjudice de nature à engager la responsabilité d'un établissement hospitalier, ***une telle naissance ne saurait en revanche être regardée comme un préjudice pour l'enfant lui-même, en l'absence de tout lien direct de causalité entre le handicap et une faute qui aurait été commise par l'hôpital"*** .

وراجع المزيد من تفاصيل هذه الدعوى بذات الموضع ، ويمكن الرجوع إلى نص حكم مجلس الدولة المذكور كاملا على شبكة الإنترنت على موقع :

Revue de l'actualité juridique française ,RAJF . =

فهناك إذن تقارب بين قمتي القضاء العادي والإداري بشأن دعوى الوالدين ، ولكن على العكس ، فقد انفصل مجلس الدولة تماما عن محكمة النقض في مسألة الضرر الخاص بالطفل ، وألغى الحكم في هذا الشق بسبب الخطأ الذي وقع فيه في تقدير الصفة المباشرة لرابطة السببية .[٣٣]

= http://www.rajf.org/ce/ce14021997.php

[٣٣] راجع :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2311 .

والذي يمتدح موقف مجلس الدولة مقررا : « وهكذا ، اتخذ مجلس الدولة في حكمه الأخير موقفا واضحا مخالفا تماما لذلك الذي تبنته محكمة النقض ، وربما كان ذلك بسبب أنه قد وزن جيدا النتائج التي يمكن أن تترتب عليه ». وقد أورد بهذه المناسبة عبارة السيدة Pécresse مفوض الدولة – التي وصفها بالمؤثرة – والتي ورد بها أن : « الطفل لا يجوز له أن يتضرر من أن أنه قد ولد ، حتى ولو كان مصابا بمرض مستعص أو بخلل جيني ، طالما أن العلم الطبي لم يوفر أي علاج يحقق شفاءه في أثناء الحمل ، والقول بالعكس يعني أن هناك حياة لا يجب أن تستمر ، وأن يفرض على الأم نوع من الالتزام باللجوء لإجهاض الحمل ، في حالة التشخيص المنذر ».

المبحث الثاني

عرض مفصل لدعوى PERRUCHE

المطلب الأول

وقائع الدعوى وإجراءاتها [٣٤]

---

[٣٤] راجع تفصيلا في وقائع دعوى PERRUCHE صفحات ٢ ، ٣ ، ٤ من مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE على موقع محكمة النقض على الإنترنت والسابق الإشارة إليه ، وننوه إلى أن النص الوارد بالأسبوع القانوني سالف الذكر قد جاء خاليا من الوقائع وأحال بشأنها إلى تقرير المستشار المقرر المنشور بذات الموضع . وراجع أيضا بشأن وقائع الدعوى الفقرات ١ : ١٣ من تقرير المستشار المقرر في ذات الدعوى :

Rapport de M. Pierre SARGOS , Conseiller à la Cour de cassation .

على موقع محكمة النقض على الإنترنت :

http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm

وكذلك بالأسبوع القانوني :

JCP Éd. G. 2000 , II , n° 10438 p.2293 et s.

ونظرا لأن هذا التقرير يتضمن أرقاما للفقرات فسنتبع في الإشارة إليه هذه الأرقام وهي لا تختلف بطبيعة الحال بين النص المنشور على شبكة الإنترنت وذلك المنشور بالأسبوع القانوني . وراجع في وقائع الدعوى أيضا :

François TERRÉ : Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 ; François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2309 et s. ; Pierre-Yves GAUTIER : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287 , n°2 p.66 et 67 ; Pierre KAYSER : Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique . DALLOZ 2001 , n°24 p. 1889 ; Nathalie BESLAY : L'Affaire Perruche en question . =

تبدأ الوقائع عندما لاحظ السيد ...X ، وهو ممارس عام وطبيب أسرة PERRUCHE ، في ١٧ أبريل ١٩٨٢ ، على ابنة الزوجين وعمرها أربعة سنوات ، طفحا جلديا يبدو أنه من أعراض الحصبة الألمانية ، كما ظهرت ذات الأعراض على الأم في ١٠ مايو التالي ، ومن ثم فقد وصف للأم تحليلا للأجسام المضادة للحصبة الألمانية بعد أن أوضحت له أنها تعتقد أنها حامل وأنها تعتزم إسقاط حملها في حالة ثبوت إصابتها بالحصبة الألمانية ، لأنه مرض معد وسهل الانتقال ويمكن أن يحدث تشوهات جسيمة بالجنين عندما يصيب امرأة ليست لديها المناعة ضده .

= على موقع medcost الطبي على شبكة الإنترنت .

http://www.medcost.fr/html/droit_dr/mag_17/perruche.htm

DURRIEU-DIEBOLT : L'arrêt PERRUCHE et ses suites .

على موقع جمعية القانون للجميع على شبكة الإنترنت :

SOS-Net (La plus grande base de données juridiques grand public , Un serveur bénévole de l'association Droit pour Tous)
http://sos-net.eu.org/medical/perruche.htm

هذا وقد أجرت الأم تحليلا في ١٢ مايو ١٩٨٢ لدى معمل Yerres للتحاليل الطبية البيولوجية كان سلبيا بالنسبة للحصبة الألمانية بينما تأكد الحمل ، ثم أجرى ذات المعمل تحليلا ثانيا بعد خمسة عشر يوما بناء على طلب الطبيب ، جاءت نتيجته إيجابية ، إذ تبين وجود الأجسام المضادة .

ونظرا لهذه النتائج المتعارضة ، فقد أجرى المعمل ، وفقا للقواعد المتبعة ، تحليلا فاصلا analyse de contrôle جاءت نتيجته مطابقة لتلك التي وصل لها التحليل الثاني ، وخلص إلى أن السيدة ...P لديها مناعة ضد الحصبة الألمانية ، وأن النتيجة الإيجابية للتحليلين وثبات نسبة الأجسام المضادة هي علامات على عدوى قديمة لا يمكنها أن تؤثر على الجنين المنتظر ولادته .

وفي ١٤ يناير ١٩٨٣ ، وضعت السيدة PERRUCHE طفلها Nicolas الذي بدأ يعاني بعد سنة من ميلاده من العديد من الاضطرابات العصبية وكذلك من أعراض مرضية متنوعة ، إذ أصيب بالصمم والعمى وباضطرابات في القلب وبتخلف عقلي ، واتضح أنها ترجع إلى حصبة ألمانية أصابته عدواها أثناء تكوينه في فترة الحمل .

وهذه هي النتيجة التي أثبتها الخبير المعين ، بناء على أمر مستعجل ، في ١٣ سبتمبر ١٩٨٨ ، بناء على طلب من الزوجين ، كما

أوضح تقرير الخبرة أن نتيجة التحليل الفاصل كانت راجعة لخطأ من المعمل كما أن الطبيب قد أساء التقدير في مثل هذه الحالة .

ومن ثم فقد قاضى الوالدان الطبيب ...X و معمل Yerres للتحاليل الطبية البيولوجية وكذلك مؤمنيهما[٣٥]، أمام محكمة Evry الابتدائية ، وقد انتهت هذه المحكمة في حكمها الصادر في ١٣ يناير ١٩٩٢ إلى أن الطبيب والمعمل قد ارتكبا أخطاء ، وأنهما مسئولان عن الحالة الصحية للطفل Nicolas ، وحكمت عليهما متضامنين مع مؤمنيهما بتعويضه عما أصابه من ضرر جسدي .[٣٦]

وفي ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ ، قضت محكمة استئناف باريس بإلغاء الحكم الابتدائي جزئيا ، وقضت برد المبلغ المدفوع على سبيل التعويض وسببت حكمها بأن ''الضرر اللاحق بالطفل ليست له علاقة سببية مع الأخطاء المرتكبة'' وأن ''الأعراض التي أصابته كان سببها الوحيد الحصبة الألمانية التي أصابته عدواها عن طريق أمه أثناء الحمل''.[٣٧]

---

[35] la Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français (MACSF) et la Mutuelle des pharmaciens (MDP) .

[٣٦] بمبلغ ٥٠٠ ألف من الفرنكات . راجع فقرة ٩ من تقرير المستشار المقرر SARGOS . كما استجابت لطلب la CPAM de l'Yonne (صندوق التأمين الصحي للوالدين) الذي طالب باسترداد ما قدمه من أداءات ، بينما أوقفت الفصل في التقدير النهائي للضرر الشخصي للأم لحين وصول نتيجة تقرير الخبرة بشأنه .

[37] "le préjudice de l'enfant n'est pas en relation de causalité avec les fautes commises" et que " les séquelles dont il est atteint ont pour seule cause la =

فطعن الوالدان بالنقض[٣٨]، فقضت الدائرة المدنية الأولى بحكمها الصادر في ٢٦ مارس ١٩٩٦ بنقض حكم الاستئناف فيما قرره من أن ''ضرر الطفل لم تكن له علاقة سببية مع الأخطاء المرتكبة ، وفيما قضى به من رد المبالغ المحكوم بها على سبيل التعويض''. وقررت «أنه من الثابت أن الوالدين قد أفصحا عن إرادتهما ، في حالة الإصابة بالحصبة الألمانية ، في إجراء الإسقاط الإرادي للحمل ، وأن الأخطاء المرتكبة قد دفعتهما إلى الاعتقاد بأن الأم كانت لديها المناعة ، بحيث أن هذه الأخطاء كانت منتجة للضرر اللاحق بالطفل بفعل الحصبة الألمانية التي أصابت أمه ». [٣٩]

= rubéole que lui a transmis in utero sa mère". CA Paris 17 décembre 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU .

[٣٨] وكذلك la CPAM de l'Yonne

[39] *qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mere .*

وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، ويلاحظ أن محكمة النقض قد استندت فيه للمادة ١١٤٧ مـــن التقنين المدني الفرنسي التي تضع القاعدة العامة في المسئولية العقدية والتي تنص على أن « يلتزم المدين ، عند الاقتضاء ، بدفع تعويض ، سواء بسبب عـــدم تنفيذ الالتزام ، أو بسبب التأخر في التنفيذ ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد نتج عـــن سبب أجنبي لا يمكن أن يعزى إليه ، وحتى ولو لم يكن سيئ النية » . ويرى François CHABAS فـــي تعليقه على نقض ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ ، هامش ٣ ص=

=٢٣٠٩ ، أنهـــا قد أخطأت في الاستناد لهذه المادة لأنه فيما عدا فرض الاشتراط لمصلحة الغير ، فالطفل ليس هو الدائن في العقد الطبي :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2309 .

ونـــتحفظ بقوة على هذا القول بأن الطفل ليس دائنا في العقد الطبي وأنه ليس هناك اشـــتراط لمصـــلحته ، فالمســـألة ليست بهذه البساطة لمجرد أن الطفل له شخصية مســـتقلة عـــن أمه ومن ثم فإنه يعد من الغير بالنسبة للعقد الطبي المبرم بينها وبين الطبيـــب، فإن جاز القول بذلك بالنسبة لأي عقد تبرمه الأم ، فلا يجوز ذلك بالنسبة لعقد العلاج الطبي عندما يكون محله الرعاية السابقة على الولادة ، فإذا نظرنا من ناحية ما إذا كان الطفل من الغير بالنسبة لأمه أم لا ، فيجب أن نفرق بين فرضين، قـــبل الولادة ، وبعدها ، فقبل الولادة ليس للجنين إلا شخصية قانونية ناقصة نعلمها جميعا وتحددها القوانين بنصوص خاصة تجيز له اكتساب بعض الحقوق ، أو تقرر لـــه حماية جنائية خاصة كجريمة الإجهاض العمدي ، وعلى أي حال فلا نعلم من بينها أنه يجوز إبرام عقد العلاج الطبي نيابة عنه ، ومن ثم فقبل الولادة يعد الجنين – فـــي رأيـــنا – جـــزءا مـــن الأم مـــن الناحيتين العضوية والقانونية وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بعقد العلاج الطبي الخاص بمتابعة الحمل ، ومن ثم فإن آثار عقـــد العلاج الطبي تنصرف إليه باعتباره جزءا من الأم ، فإذا لم يقنع هذا التحليل الـــبعض وأصـــر على اعتبار الجنين من الغير بالنسبة لعقد العلاج الطبي ، فلنكن أكـــثر جـــرأة ومباشرة ونقرر بأن الطبيب الذي يتولى متابعة الحمل يلتزم في عقد العـــلاج الطبـــي المـــبرم مع الأم الحامل بمتابعة الحالة الصحية للأم والجنين أثناء الحمـــل تحقـــيقا لهدفين أساسيين هما الحفاظ على صحة الأم وكذلك صحة المولود المســـتقبل ، فإذا سلمنا – جدلا – بأن الجنين (أو الطفل بعد ولادته) يعد من الغير بالنســـبة لـــلأم ، فإن طبيعة العقد ذاته المستمدة من محله ، وبدقة أكثر من الالتزام الرئيســـي للطبيب فيه ، تجعله يتضمن حتما اشتراطا لصالح هذا الغير طالما أن =

ويجدر التنويه بوضوح أن الطعن بالنقض كان قاصرا إذن على طلب التعويض المرفوع باسم الطفل .[٤٠]

وأحيلت الدعوى لمحكمة استئناف Orléans التي رفضت الانصياع لحكم محكمة النقض ؛ معلنة في منطوق حكمها الصادر في ٥ فبراير ١٩٩٩ أن ''الطفل Nicolas PERRUCHE لم يلحق به ضرر واجب التعويض له علاقة سببية مع الأخطاء المرتكبة من معمل

= العقد المبرم مع طبيب متابعة الحمل يتضمن حتما التزاما برعاية الجنين أو الطفل المستقبل ، ومن هنا فسواء أخذنا بالتحليل القائل بأن الجنين يعد جزءا من الأم ، أو أخذنا بالتحليل الذي يعتبره مستقلا عنها سواء قبل الولادة أم بعدها ، فإن عقد العلاج الطبي الخاص بمتابعة الحمل ينشئ التزاما مباشرا على عاتق الطبيب تجاه الجنين أو المولود المستقبل يحق له بموجبه الرجوع عليه مباشرة بدعوى المسئولية العقدية ودون حاجة للجوء لحيلة أن رجوعه عليه يكون بدعوى الخطأ غير التعاقدي أو المسئولية التقصيرية . وراجع على أي حال ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية من أنه « يجوز للغير بالنسبة للعقد أن يستند للتنفيذ المعيب لهذا العقد إذا سبب له ضررا ».

« que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve ». Cass. Civ I, 18 juillet 2000, Bull n° 221, N° 99-12-135 .

راجع نص هذا الحكم بالكامل على موقع glose.org على شبكة الإنترنت .

http://glose.free.fr/Juris/759.html .

[٤٠] ومن ثم فإن تعويض الوالدين لم يكن محلا للنزاع في هذه الدعوى أمام محكمة النقض .

Yerres للتحاليل الطبية البيولوجية والطبيب ...X ''[٤١]، وقضت برد ما دفع على سبيل التعويض .

فطعن الوالدان ضد هذا الحكم بالنقض من جديد في ١٤ أبريل ١٩٩٩ . ونوجز فيما يلي أسباب طعن الوالدين بالنقض : [٤٢]

وكانت محكمة استئناف Orléans قد قررت كدعامة أساسية لحكمها برفض طلب تعويض الضرر الشخصي الذي لحق بالطفل Nicolas PERRUCHE ''أنه من الثابت أن الممارسين الطبيين لا علاقة لهم بعدوى الأم بالحصبة الألمانية ، وأنهم لم يتدخلوا إلا بعد بدء الحمل ، بحيث أنه لم يعد بالإمكان منع الحمل بالطفل ؛ وأن أي علاج كان سيمارس في بداية الحمل لم يكن ليلغي آثار الحصبة الألمانية على الجنين ؛ وأن Nicolas لم يكن من الممكن إلا أن يولد مصابا بالنتائج المترتبة على الحصبة الألمانية ... أو ألا يأتي إلى الحياة في حالة الإسقاط الإرادي للحمل الذي يرجع قرار إجرائه إلى والديه ولا يشكل بالنسبة له حقا يمكن أن يستند إليه ؛ وأن النتيجة الوحيدة التي لها علاقة بخطأ الممارسين هي ميلاد الطفل ؛ وأنه وإن كان الكائن البشري يتمتع

---

[41] "l'enfant Nicolas PERRUCHE ne subit pas de préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par le laboratoire de biologie médicale d'Yerres et le docteur X...".

[٤٢] راجع تفصيلا مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE في دعوى PERRUCHE بالأسبوع القانوني ص ٢٣٠٣ وما بعدها .

بحقوق بمجرد ميلاده ، فإنه ***لا يملك الحق في أن يولد أو ألا يولد أن يحيا أو ألا يحيا***''.[٤٣]

وفي مواجهة هذا التسبيب الصريح جدا ، استند النعي الأساسي في طعن الوالدين بالنقض إلى ''أنه يستنتج مما أثبته الحكم نفسه ، أن أم الطفل قد عبرت بوضوح عن إرادتها ، في حالة إصابتها بالحصبة الألمانية ، في إجراء إسقاط إرادي للحمل وأن الأخطاء المزدوجة للممارسين لم تسمح لها باللجوء إلى هذا الحل ؛ وهو ما يستتبع أن هذه الأخطاء كانت مسببة للضرر اللاحق بالطفل بفعل الحصبة الألمانية التي أصابت أمه ؛ وأنه باستبعاد علاقة السببية بين الأخطاء الثابتة والضرر اللاحق بالطفل بفعل الحصبة الألمانية التي أصابت أمه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ''.[٤٤]

---

[43] "qu'il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole ; qu'ils ne sont intervenus qu'après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait être évitée la conception de l'enfant ; qu'une thérapeutique quelconque pratiquée au début de grossesse n'aurait pu supprimer les effets de la rubéole sur le foetus ; que Nicolas ... ne pouvait que naître avec les conséquences imputables à la rubéole... ou disparaître à la suite d'une interruption volontaire de grossesse dont la décision n'appartient qu'à ses parents et ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir ; que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant ; que si un être humain est titulaire de droits dès sa naissance, ***il ne possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre***".

[44] "qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt, que la mère de l'enfant avait clairement exprimé sa volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse et que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution ;=

= qu'il s'ensuit que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ; qu'en écartant le lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du code civil".

المطلب الثاني
رد المحامي العام SAINTE-ROSE
على أسباب الطعن بالنقض[٤٥]

سنعرض هنا بشيء من التفصيل أهم ما ورد بمذكرة المحامي العام ردا على أسباب طعن الوالدين بالنقض نيابة عن طفلهما ، إذ تعد المذكرة المقدمة من السيد SAINTE-ROSE المحامي العام لدى محكمة النقض الفرنسية في دعوى PERRUCHE من أهم ما كتب في هذه المسألة ، ليس فقط باعتبارها من الأركان الرئيسية للدعوى من الناحية الإجرائية ، ولكن لما احتوته من عرض مدعم بفقه وقضاء غزيرين ، وهو ما جعلها مرجعا أساسيا للفقه في هذه المسألة ، خاصة وقد انتهى رأيه فيها إلى عكس ما قضت به الجمعية العمومية ، ولن يمنعنا ذلك بطبيعة الحال من الإشارة تفصيلا إلى ما رجعنا إليه من فقه وقضاء بشأن المسائل التي طرحها في هذه المذكرة .

الفرع الأول
البحث في توافر شروط المسئولية المدنية
في دعوى PERRUCHE

لم تثر مشكلة كبيرة بشأن ركن الخطأ في القضية ، على عكس علاقة السببية والضرر :

---

[٤٥] راجع تفصيلا مذكرته السابقة ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٣ وما بعدها .

أولا : بشأن توافر الخطأ :[٤٦]

من الملاحظ أن ثبوت الأخطاء الطبية لم يكن محلا للنزاع في دعوى PERRUCHE ومن ثم فلا محل لتناولها إلا لإيضاح المناقشة بصفة أساسية ، ولا يستدعي الخطأ الأول ، الذي أُقِرَ به ، وهو خطأ معمل التحاليل الطبية البيولوجية في نتيجة تحليل الدم ملاحظة خاصة[٤٧]، أما عن خطأ الطبيب فيتمثل في أنه : لم يحث الأم على إجراء اختبار تكميلي على الرغم من الأعراض المثيرة للشك ، وليس كما أخذ عليه حكم الاستئناف أنه : لم يعط المريضة ''كل الرعاية اليقظة والجادة التي من حقها أن تلقاها''. إذ ليس لهذا المأخذ أية فائدة طالما أن ما وصل العلم الطبي لا يوفر علاجا للحالة ، فلا يتبقى إذن سوى أنه قد خالف واجب الإعلام والنصيحة الذي أشار قضاة الموضوع إلى أن غايته تحصيل الرضا الحر وتنوير المريض .

وهكذا فقد أخفق الطبيب في دعوانا في واجبه في الإعلام ومن ثم فلم يتمكن من إبداء النصيحة الممكنة وهي إجراء الإجهاض .[٤٨]

---

[٤٦] راجــع تفصيلا مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٤ و ٢٣٠٥ .

[47] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2304 .

[٤٨] سواء بسبب عدم إطاقة الأم الذي يجب أن يتم خلال العشرة أسابيع الأولى للحمل (المادة L.161-2 من تقنين الصحة العامة) والذي كان متاحا لو كانت =

ولكن يلاحظ مع ذلك أنه لا يكفي أن يكون الطبيب قد أخفق في التزامه بالإعلام ، فصمته عن الإعلام لا يعد من قبيل الخطأ إلا إذا شكل إعتداء على حق للغير ، أي الأم . والسؤال الآن ، ولكي نعتبر تقصير الطبيب في إعلام الأم من قبيل الخطأ ، هل أصبح الإجهاض ، بفعل التحررية وبعض التساهل في تطبيق المادة L.161-12 من تقنين الصحة العامة ، أحد حقوق أو حريات المرأة كما يدافع عن ذلك البعض ؟[٤٩]

والحقيقة أن قانون ١٧ يناير ١٩٧٥ المسمى بقانون Veil ، لم يفعل سوى إلغاء التأثيم الجنائي ضد فاعلي جريمة الإجهاض العمدي والشركاء فيها إذا تم بالشروط المنصوص عليها بالمواد المذكورة من تقنين الصحة العامة . فهو نص استثنائي ، وهو ما تؤكده مادته الأولى[٥٠]، التي نصت فقرتها الأولى على أن : ''يضمن القانون احترام الكائن البشري منذ بداية حياته''، بينما يبدو بوضوح الطابع الاستثنائي للأحكام الخاصة بالإجهاض الإرادي للحمل من فقرتها الثانية التي

=الحصبة الألمانية قد شخصت مبكرا ، أو بسبب علاجي والذي يمكن فيه إسقاط الحمل في أي وقت (المادة L.161-12 من تقنين الصحة العامة) .

[49] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2305 .

[٥٠] والتي تتشابه مع المادة ١٦ من التقنين المدني الفرنسي .

نصت على أنه ''ولا يجوز المساس بهذا المبدأ إلا في حالة الضرورة ووفقا للشروط الواردة بهذا القانون''.[٥١]

ولكن على أي حال ، ورغم هذا الشك حول خطأ الطبيب في هذه المسألة ، فإن الإجهاض هنا هو فعل يسمح به القانون بمراعاة شروط معينة ولا يجوز أن يستبعد من حيث المبدأ إمكانية وجود ضرر عندما تحرم المرأة من إمكانية اللجوء إليه ، فهناك حق متيقن أخل به الطبيب وهو حق السيدة PERRUCHE في أن يتم إعلامها بشأن حالتها الصحية ، ومن ثم ، بشأن الحالة الصحية للطفل الذي تحمله .[٥٢]

ومع ذلك ، فمخالفة الطبيب لواجبه في الإعلام لم يضر سوى الأم أو الأبوين اللذين اعتقدا – على خلاف الحقيقة – بعدم وجود خطر الإعاقة ، وهو ما لحق بهما شخصيا ، ومن ثم فإن هذا الخطأ لا يمكن

---

[51] La loi garantie le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi. TITRE Ier ; Art. 1er. ; Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.
والذي أدرج التنظيم التفصيلي للإجهاض الإرادي للحمل في تقنين الصحة العامة
راجع نص هذا القانون على موقع adminet القانوني على شبكة الإنترنت :
http://www.adminet.com/jo/loi75-17.html

وننوه أننا سنترجم عبارة l'interruption volontaire de la grossesse : بعبارة : الإجهاض الإرادي للحمل ، وليس : الإجهاض العمدي للحمل ، رغم صحة الترجمتين لغويا ، نظرا لما قد تحمله العبارة الثانية من مدلول جنائي لا يفيدنا في دراستنا هذه خاصة مع عدم تجريم الإجهاض الذي نتحدث عنه هنا .

[52] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2305 .

أن يصلح أساسا لدعوى الطفل .[٥٣] وهو التمييز الذي اعتنق الفقه والقضاء .[٥٤]

---

[53] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2305 .

[٥٤] راجع على سبيل المثال :

CA Versailles, 8 juillet 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU .

والسابق الإشارة إليه .

ثانيا : إشكالية وجود رابطة السببية :[٥٥]

من أهم المسائل التي تثار بشأن علاقة السببية هو الفصل في وجود هذه العلاقة في حالة تعدد الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر ، وقد قيلت عدة نظريات حلا لهذه المشكلة أهمها نظرية : تعادل الأسباب équivalence des conditions ومضمونها أن كل سبب ساهم في وقوع الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر يعد سببا ، ونظرية : السبب المنتج أو الفعال condition adéquate ou causalité adéquate ، ومضمونها أنه لا يعد سببا للضرر إلا الأسباب التي تؤدي عادة إلى الضرر ، أما تلك التي تنتج الضرر بصفة عارضة فلا تعتبر أسبابا .[٥٦]

---

[٥٥] راجــع تفصيلا مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٥ و ٢٣٠٦ .

[٥٦] راجــع تفصــيلا : عــبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديــد : نظــرية الالــتزام بوجــه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصــرية ١٩٥٢ ، فقرة ٦٠٥ ص ٩٠٤ ، وفقرة ٦٠٦ ص٩٠٥ ؛ أحمد حشمت أبــو ســتيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد : الكتاب الأول : مصادر الالــتزام ، مطــبعة مصــر ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ٤٧١ ص ٤٤٤ ؛ عبد المــنعم فــرج الصدة : مصادر الالتزام ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ ، فقرة ٤٥٩ ص ٤٩٨ ؛ ســليمان مرقص : محاضرات في المسئولية المدنية في تقنينات الــبلاد العربــية (القسم الأول : الأحكام العامة) ، جامعة الدول العربية ، معهد =

=الدراســات العربــية العالية ، ١٩٥٨ ، فقرة ٨٥ ص ١٦٧ ؛ جميل الشرقاوي ، الــنظرية العامــة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ١٩٧٦ ، فقــرة ٩٧ ص ٤٧١ ؛ محمــود جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامــة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالــثة ، ١٩٧٨ ، فقــرة ٢٧٠ ص ٥٦٤ وفقرة ٢٧١ ص ٥٦٥ ؛ أنور سلطان : مصــادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٧٠ ، فقرة ٤٠٦ وما بعدها ص ٣٥١ وما بعدهــا ؛ جــلال العدوي : أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٧ ، فقــرة ٩٠٧ ومــا بعدهــا ص ٤٤٥ وما بعدها ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٨٩ ، ص ٢٢٣ .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil , Les obligations, Tome I : Les sources , *SIREY*, 2e édition , 1988 , n°549 p.684 et s. ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER : Droit civil , Obligations, 1.Responsabilité délictuelle , LITEC 2 e éd. 1985, n°838 p.393 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT : Droit civil , Les obligations , II , Sources : Le fait juridique, *Armand Colin* , 1984 , n°551 p.179 et s. ; Annick DORSNER-DOLIVET : Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : À propos de la chirurgie , *L.G.D.J.* 1986, n°415 p.344 et s. ; Yves CHARTIER : La réparation du préjudice , *DALLOZ* 1983 , n°55 p. 78 et s.

وراجــع تفصــيلا في عرض هاتين النظريتين في مجال المسئولية الطبية : أحمد محمود سعد ، مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ١٩٨٣ ، نبذة ٢٦٠ ص ٤٨١ ، نبذة ٢٦١ ص ٤٨٣ .

Jean PENNEAU : La responsabilité médicale , éditions *SIREY* 1977 ,n° 98 et s. p.110 et s.

وراجــع فــي تأييد الأخذ بنظرية تعادل الأسباب في مجال المسئولية الطبية : عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ١٩٨٦=

وكانت محكمة استئناف باريس قد رفضت طلب تعويض الطفل Nicolas PERRUCHE استنادا لغياب رابطة السببية بين حالة الطفل والأخطاء الثابتة ، فنقضت الدائرة المدنية الأولى هذا الحكم ، استنادا للمادة ١١٤٧ من التقنين المدني ، بالتأكيد على أن « الوالدين كانا قد أعلنا عن إرادتهما في حالة الإصابة بالحصبة الألمانية في اللجوء إلى إسقاط الحمل ***وأن الأخطاء المرتكبة ... كانت مسببة للضرر اللاحق بالطفل بفعل إصابة أمه بالحصبة الألمانية*** »[٥٧]، ويشدد هذا التسبيب على الضرر الذي سببته الحصبة الألمانية على الرغم من أن الممارسين لم يكن لهم أية مسئولية في تحققه ، ويبدو أن هذا هو بالضبط السبب الذي دفع محكمة الإحالة إلى القضاء مرة أخرى بأن الأخطاء الطبية – عقدية كانت أم لا – ليست هي مصدر الإعاقة لأنها نتجت عن العدوى عن

= فقرة ١٤٨ ص ١٩٦ : « لأننا نريد في هذا المجال القول بوجوب مساءلة الطبيب ، حتى ولو كانت هناك أسباب أخرى قد ساهمت مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض ، وأما القول بالنظريات الأخرى فإنه يفتح الباب أمام إعفاء الطبيب من المسئولية في حالات كثيرة ، فطالما أن خطأ الطبيب قد ساهم في إحداث النتيجة الضارة التي لحقت بالمريض ، فإنه من الضروري مساءلة الطبيب عن ذلك الخطأ ، حتى ولو كانت هناك أسباب أخرى قد ساهمت معه في حدوث هذه النتيجة ، وبدون شك فإن هذا الأمر سيدفع الطبيب إلى الحرص التام خلال ممارسته لعمله ، وعدم تعريض صحة المريض للخطر » .

[57] “les parents avaient marqué leur volonté en cas de rubéole de provoquer l’interruption de grossesse et que les fautes commises... étaient génératrices du dommage subi par l’enfant du fait de la rubéole de sa mère”.

طريق الأم ، كما أنها ليست مصدرا للحصبة التي لحقت عدواها بالأم ، كما أن هذه الأخطاء ، من ناحية أخرى ، قد ارتكبت بعد الحمل كما نوه إلى ذلك الحكم المطعون فيه ، فنحن لسنا هنا في الفرض الذي تأثر فيه قرار الوالدين بالحمل بطريقة قاطعة بالتشخيص الخاطئ السابق على الحمل كما هو الحال في الدعوى الأخرى المحكوم فيها في ٢٦ مارس ١٩٩٦ [٥٨]، كما لم يدع أحد أن الطفل المنتظر ولادته قد حرم من علاج كان من شأنه منع أو إنقاص آثار المرض ، وهو ما تقتضيه القواعد العامة في المسئولية الطبية ، كما لم يدع أحد أن هناك أخطاء قد ارتكبت أثناء متابعة الحمل : **إذن فالسببية غير موجودة** ، وحتى ولو بالرجوع إلى أوسع تعريفات السببية ، وفقا لنظرية تعادل الأسباب ، فإن الموقف يظل دون تغير ، وهذا هو النطاق الذي تمركز فيه مجلس الدولة ، في حكمه سالف الذكر في ١٤ فبراير ١٩٩٧ متبعا في ذلك مرافعة مفوض الحكومة Mme V. PECRESSE التي قررت فيها أن مرض متلازمة داون la trisomie الذي لحق بالطفل لا يمكن أن يكون نتيجة للخطأ الذي شاب تحليل السائل المحيط بالجنين ولكنه كان راجعا إلى إرثه الجيني [٥٩]، وقد نشر مجلس الدولة بيانا في الصحف في ٢٠

[٥٨] راجع ما سبق بشأن الحكم المذكور تحت عنوان : ثالثا : محكمة النقض تتجه إلى تعويض الطفل أيضا .

[59] *"inhérente à son patrimoine génétique"*.

فبراير، يذكر فيه بأن « واقعة الحياة لا يمكن أن ينظر إليها باعتبارها ضررا لاحقا بالطفل ».[٦٠ ، ٦١]

أما ما رآه البعض من أن الأخطاء تعد مسببة للضرر طالما أنه ، ***بدونها*** ، كان يمكن تجنبه[٦٢]، فإنه يعني ، من ناحية ، أنه كان من الأفضل ألا يأتي الطفل للدنيا : فكيف يقال أنه يمكن تجنب الضرر إذا كان ذلك لن يكون إلا بالقضاء على المريض ؟ كما يؤدي هذا المنطق ، من ناحية أخرى ، إلى مسخ غير مسبوق لرابطة السببية ويؤدي إلى فرض التزام بنتيجة على عاتق الممارسين في حالة المتابعة الطبية للحمل محله ميلاد طفل بصحة جيدة . وهكذا ، يُخشى أن يوسع القضاء

---

[60] *"le fait d'être en vie ne saurait être regardé comme un préjudice subi par l'enfant".*

[61] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2305 .

[٦٢] راجع :
P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 , RTD Civ. 1996 p. 623 .
والذي يقرر أن الأخطاء تكون مسببة للضرر طالما أنه ، بدونها ، كان يمكن تجنب الضرر ؛ كما هو الحال في هذه الدعوى طالما أن الإجهاض العلاجي كان ممكنا وكان إجراؤه ممكنا بالتأكيد إذا علم الوالدان أن الأم كانت مصابة بالحصبة الألمانية. فالطفل لم يكن إذن ليولد ولم يكن ليعاني من الآثار الجسدية والنفسية الجسيمة للإعاقة والتي لا مفر من أن يحيى بها الآن والتي تمثل ما لحقه من ضرر. فعلاقة السببية تبدو إذن مؤكدة في الدعوى ، وحتى وإن لم يكن الأمر مؤكدا على هذا النحو ، فهناك من ناحية أخرى محل للتعويض عن فوات الفرصة، وهي بالنسبة للطفل فرصة أن يقرر والداه الإسقاط الإرادي للحمل الذي كان سيمنعه من المجيء للحياة مع مثل هذه الإعاقات .

مثل هذا الالتزام إلى أعمال طبية أخرى[٦٣]، مع أن التزام الطبيب هو في الأصل التزام ببذل عناية .[٦٤]

---

[63] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2305 .

[٦٤] راجـع تفصـيلا في أن الأصل في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية : أحمد حشـمت أبـو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد : الكتاب الأول : مصـادر الالتزام ، مطبعة مصر ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ٣٥٥ ص ٣٢٦ ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ ، فقرة ٣٠٨ ص ٣٤٨ ؛ أحمـد شـرف الديـن : مسئولية الطبيب : مشكلات المسئولية المدنـية في المستشفيات العامة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٦ فقرة ١٧ ص ٤٣ ؛ عـبد الرشـيد مـأمون : عقـد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ فقرة ٥١ وما بعدها ص٥٧ وما بعدها .

Joseph FROSSARD : la distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat , *L.G.D.J.* 1965 , n°374 et s. p. 214 et s. ; Georges Boyer CHAMMARD et Paul MONZEIN : La responsabilité médicale , *P.U.F.* 1974 , p. 83 . ; Pierre SARGOS : Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale . Recueil *DALLOZ* , 1996 , Chronique p.365 , n°10 p.367 ; Jean PENNEAU : Médecine , *DALLOZ* ENCYCLOPÉDIE , CIVIL, n°485 p. 35 .

وذلـك فـيما عـدا الحالات الاستثنائية التي يكون فيها التزام الطبيب فيها التزاما بتحقـيق نتيجة : أحمد شرف الدين ، ذات الموضع وهامش ٧٥ ؛ ويخص البعض بالذكـر مجال التحاليل المعملية : عبد الرشيد مأمون ، السابق فقرة ٥٨ ص ٦٨ ، وراجـع فـي ذات المعنى : محسن البيه : نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسـئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية ، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٣ فقرة٧٠ ص ١١٨ . وراجع أمثلة لهذه الحالات لدى :

Joseph FROSSARD : op. cit. n°388 et s. p. 222 et s. ; Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET: Droit de la responsabilité , *DALLOZ* , 1996=

= n° 2039 et s. p. 499 et s. ; Jean PENNEAU : Médecine , DALLOZ ENCYCLOPÉDIE , CIVIL, n°492 et s. p.35 .

ومــن ذلك على سبيل المثال أن يلتزم الطبيب بإجراء فحص طبي في تاريخ معين أو جراحة في تاريخ معين ولم يقم بذلك وترتب الضرر على ذلك ، المرجع الأخير فقــرة ٤٩٢ ، وكذلــك التحالــيل المعملــية في ظل التقدم الهائل في هذا المجال : المرجع الأخير ، فقرة ٤٩٣ .

ويــبالغ الــبعض فــي هذا الشأن فلا يتحدث عن استثناء على المبدأ العام عــندما يتــناول هذه الاستثناءات التي وضعها القضاء الفرنسي ، بل يتحدث عن : «خــرق مــبدأ الالتزام ببذل عناية» . أشرف جابر : التأمين من المسئولية المدنية للأطباء ، رسالة ، القاهرة ١٩٩٩ فقرة ٦٢ ص ١٢٤ ، وغني عن البيان أن القول بــأن القضــاء الفرنســي قد «خرق» هذا المبدأ ، قد يوحي بأن هذا الأصل لم يعد مقــررا طالمــا أن القضــاء الفرنسي قد خرقه على هذا النحو ، وهو ما نعتقد أنه يجاوز قصد الكاتب في هذا الشأن .

وغني عن البيان أهمية هذا التمييز من ناحية عبء إثبات الخطأ ، إذ يكفي فــي حالة الالتزام بنتيجة أن يثبت المضرور أن النتيجة لم تتحقق ، بينما يجب عليه أن يثبت في الالتزام بعناية أن الطبيب قد قصر في بذل العناية المطلوبة ، ومن هذه الــزاوية يشــير البعض إلى أن مسألة الإثبات قد تخل بهذا المبدأ المتفق عليه من الناحــية النظرية وذلك إذا ألقي عبء الإثبات على الطبيب وهنا قد يتحول التزامه مــن الناحــية العملية إلى التزام بنتيجة ويضرب لذلك مثلا بما يحدث عملا من أن الجــراح يسأل عن كل ما يصيب المريض أثناء العملية الجراحية من ضرر حتى يثبت العكس . راجع في هذا المعنى :

Georges Boyer CHAMMARD et Paul MONZEIN : La responsabilité médicale , *P.U.F.* 1974 , p. 84 .

ومن ناحية أخرى ، فإن حكم النقض عندما أحال إلى قصد السيدة PERRUCHE الذي أورده قضاة الموضوع ، فقد اعتبر من المسلم به أنها إذا كانت قد أعلمت على وجه صحيح فإنها كانت ستجري بالضرورة إجهاضا إراديا للحمل ، وحتى لو كانت هذه المسلمة قائمة على قرينة على السلوك المعتاد [٦٥]، مستخلصة من الإحصاءات التي تدل على ابتذال الإجهاض ، فإنها لا تكفي لإثبات هذا القصد ، لأنه يوجد دائما شك في الموقف الذي ستتخذه المرأة الحامل عند علمها بالتشخيص الغير مرغوب فيه . وبذلك تجد المرأة نفسها واقعة في فخ إعلانها المسبق عن نيتها الذي اعتبر إعلانا نهائيا عن إرادتها في الإجهاض في حين أن لها رخصة ذات طابع شخصي للغاية وأنه من المسموح لها أن تغير رأيها حتى اللحظة الأخيرة . أين إذن ، في هذه الظروف ، حريتها المدعاة إذا كانت قد حددت جبرا على هذا النحو ؟[٦٦]

وهكذا يتضح أن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض قد خلطت بين سبب الإعاقة - الحصبة الألمانية - وسبب ميلاد الطفل الذي ساهمت فيه أخطاء الممارسين بقدر ما أدت إلى منع الأم من اللجوء إلى الإسقاط الإرادي للحمل ، وهكذا فعندما توجب المحكمة التعويض عن الإعاقة في حين أنها لا يمكن أن ترتبط بالسلوك الخاطئ للممارسين برابطة سببية ، ألا تكون في الحقيقة قد اعتبرت أن الضرر يتمثل حقا

---

[65] présomption de comportement normal .

[66] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

في ميلاد الطفل ومن ثم حياته ؟ وهنا يصادفنا سؤال البداية : هل يجوز للطفل Nicolas PERRUCHE أن يتضرر من ولادته مصابا بعاهة خلقية بدلا من ألا يولد ؟ [٦٧]

ثالثا : هل هناك ضرر واجب التعويض ؟[٦٨]

لقد أجاب معظم الفقه عن هذا التساؤل الذي هو جوهر المناقشة بالنفي ، « فالطفل لا يجوز له أن يتضرر من أنه قد ولد ، حتى ولو كان مصابا بمرض مستعص على الشفاء أو بعيب جيني ، طالما أن العلم الطبي لم يتوصل إلى أي علاج يمكن من شفائه في أثناء الحمل ، أما إجازة العكس فتعني التقرير بأنه توجد حياة لا تستحق أن تستمر وأن يفرض على الأم نوع من الالتزام باللجوء إلى إسقاط الحمل ، في حالة التشخيص المنذر ».[٦٩]

كما ندد البعض ''بالقياس المعيب'' الذي أدى إلى إجازة دعوى الطفل قياسا على دعوى الوالدين ، ويضيف أن « إعاقته أو معاناته كانت إحدى صفاته ككائن بشري وأنه لم يخسر شيئا بالحفاظ على حياته

---

[67] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

[٦٨] راجـع تفصـيلا مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٦ و ٢٣٠٧ .

[٦٩] هذا هو نص عبارة السيدة V. PECRESSE مفوض الدولة في مذكرتها في حكم مجلس الدولة الصادر في ١٤ فبراير ١٩٩٧ والتي أشار إليها :
SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

وأنه من غير الجائز السماح له – مباشرة أو بواسطة من يمثله – بالتضرر من درجة جودة هذه الحياة التي يراها غير كافية ، وأن القول بالعكس يؤدي إلى فرض تدرج فاسد بين حياة بني البشر التي هي جميعا متماثلة وليست قابلة للانتقاص بفعل هذه الإعاقة أو تلك ».[٧٠]

كما نوه البعض إلى أن ''محكمة النقض لم تكلف نفسها عناء أن تحدد بدقة طبيعة الضرر الذي قامت مسئولية الطبيب عنه''[٧١] ، وأنه من المؤسف أن الضرر الذي أخذته في الحسبان هو ''واقعة الحياة''[٧٢] وهو ما يشكك في مشروعية المصلحة التي تقوم عليها دعوى الطفل .[٧٣]

---

[70] *"son handicap ou sa douleur sont consubstantiels à sa qualité d'être humain" ..."en gardant la vie* ***n****'a rien perdu et il est inadmissible de l 'autoriser, directement ou par le biais de son représentant, à se plaindre de la qualité de cette vie qu'il estime insuffisante. Juger du contraire revient à poser officiellement une pernicieuse hiérarchie entre des vies qui sont toutes uniques et non susceptibles d'être réduites à tel ou tel handicap"* . Pierre MURAT : Obs. Sous Cass. 1re civ. 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n° 3946, p.282 .

[71] *"qu'à aucun moment la Cour de cassation ne prend la peine de définir la nature exacte du préjudice dont le médecin est tenu responsable".*

[72] *" le fait d'être en vie".*

[73] Janick ROCHE-DAHAN : Note sous Cass. 1re civ. 26 mars 1996 D. 1997, Jur. p. 35.

وتستطرد « وهكذا أصر قضاة محكمة النقض على أن الضرر الذي لحق بالطفل هو ذلك الناتج عن الحصبة الألمانية في حين أن الأطباء ليسوا مسئولين عن هذا الضرر مطلقا ، وفي الحقيقة فإن الضرر الذي أخذته المحكمة في الحسبان هو واقعة حياة الطفل ذاتها ، وهذه الحياة مثلت ضررا بفعل الحصبة الألمانية ، ولكن القضاة لم يجرءوا على قول ذلك بهذه الصراحة نظرا لأن ذلك سيطرح مشروعية=

وعلى العكس فقد رأى البعض أنه لا جدال في وجود الضرر ووجوب تعويضه طالما أنه من المسلم به « أن هناك ضرر أكبر في الحياة مع إعاقة جسيمة جسدية أو عقلية أو هما معا من عدم الحياة »[٧٤]، ولكن من أين تأتي مسلمة أن الإعاقة لابد أن تؤدي إلى حياة لا تطاق ؟ ينبغي أن تكون الإجابة من ذوي الشأن أنفسهم ، فيلاحظ أن المرء يصادف معاقين سعداء بالحياة بينما نجد أشخاصا كاملي التكوين يعانون من حياة سيئة . فهذا السؤال ليس له سوى إجابة شخصية لا يمكن لغير

= المصلحة التي تقوم عليها الدعوى ». راجع بصفة خاصة ذات التعليق ص ٣٩. وقد جرى الفقه على تعريف الضرر بأنه : ما يصيب الشخص من أذى في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له . راجع : أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد : الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، مطبعة مصر، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ٤٥٩ ص ٤٣٥ ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ ، فقرة ٤٤٧ ص ٤٨ ؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن : النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٨٩ ، ص ٢١٢ . وراجع تفصيلا في وجوب الإخلال بمصلحة مشروعة من أجل وجود الضرر :

Geneviève VINEY : Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions, *L.G.D.J.* 1982 , n°249 et s. p. 307 et s.

وفي مسألة مشروعية الضرر بصفة عامة :

Yves CHARTIER : La réparation du préjudice , *DALLOZ* 1983 , n°4 et s. p. 6 et s.

[74] *"qu'il y a plus d'inconvénient à vivre gravement diminué, physiquement et/ou intellectuellement, qu'à ne pas vivre"* . P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 précitées à la RTD Civ. 1996 p. 623 .

الطفل أن يجيبها ، ومن ثم فلا يجوز السماح للمجتمع أو لوالديه بالإجابة باسمه .[٧٥]

ولا يجوز القول بأن ضرر الوالدين يفترض ضرر الطفل ، فالوالدان أصابهما ، في الحقيقة ، ضرر خاص بهما ناتج عن الأخطاء الطبية ، التي لم تسمح لهما باتخاذ قرار مستنير يتعلق بإسقاط الحمل أو إبقائه وبأن يستعدا نفسيا وماديا لاستقبال طفل معاق في حالة إذا ما قررا إبقائه . أما بشأن طبيعة الضرر الذي أصاب الطفل Nicolas PERRUCHE، فقد تناولته محكمة استئناف Orléans بالتحليل على نحو لم يناقش في الطعون بالنقض : فمن الواجب أن نلاحظ معها ، أنه طالما لم يكن من الممكن علاج الطفل أثناء الحمل ، فلم يكن أمامه سوى الخيار بين أن يولد مصابا بالعاهة أو ألا يولد .[٧٦]

فالطفل الذي أصيب بتشوهات وأمراض متعددة قد أصيب بإعاقة جسيمة . وهذا هو ضرره الحقيقي ، الذي زاد من جسامته عدم وجود علاج طبي شاف في الوضع الحالي لعلم الطب[٧٧]، وقد لاحظت محكمة الاستئناف – وبحق – أن الأخطاء الطبية لم تنتج هذه الإعاقة ، فهذه

---

[75] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

[76] Geneviève VINEY : Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n°3985 p.492.

[77] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

الإعاقة ليس لها فاعل [٧٨] لكونها خلقية (أو جينية) ، وهي لم توجد ولم تلحق بالطفل إلا لأنه ولد بدلا من أن يموت ، فهي لصيقة بشخصه .[٧٩]

إذن فميلاد الطفل وحياته ذاتها ، كما فهم الفقه حقا ، هما اللذان يشكلان الضرر الذي طالب الطفل بالتعويض عنه في هذه الدعوى على العكس من الموقف المبدئي الذي اتخذته محكمة النقض ومجلس الدولة[٨٠]، وبمعنى آخر ، أن الدعوى التي تباشر باسمه تستهدف تعويض واقعة أنه لم يتم إجهاضه ، أي أن هذه الدعوى ليست سوى بديل للإجهاض الذي لم يتم ، ويبرهن على ذلك أن الزوجين PERRUCHE قد أشارا في مذكراتهما ، إلى الفرصة التي فاتت ابنهما عندما ولد معاقا ، ولكن كما ردت على ذلك محكمة الاستئناف ، فلم يكن لدى الطفل أية فرصة لأن يولد "سويا" “normal” أو بإعاقة أقل جسامة ، ومن ثم تكون الفرصة الفائتة هي عدم الاستفادة من الحسنة المقدمة من المادة L. 162-1 أو L. 162-12 من تقنين الصحة العامة ، أي الإجهاض .[٨١]

---

[78] n’a pas d’auteur .

[79] *Il est inhérent à sa personne* : SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 .

[٨٠] راجع ما سبق تحت عنوان : أولا : البداية : إرساء مبدأ أن الميلاد في حد ذاته ليس ضررا منشئا للحق في التعويض .

[81] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2306 , p.2307 .

باختصار ، فالضرر هو الحياة وعدم الضرر هو الموت ، وهكذا يصير الموت قيمة مفضلة على الحياة . أليس في ذلك انحراف بمفهوم الضرر ؟ فإذا وجد الطفل في حالة ضارة لم يحدثها سوى ميلاده ، فإنه لا يكون بذلك ضحية لفعل ضار يمكن أن ينسب لشخص محدد ، لأن فعل الطبيعة ليس فعلا للإنسان [٨٢]، ومن ثم فإن الضرر الذي يستند له ليس واجب التعويض قانونا .[٨٣]

الفرع الثاني

المساوئ المترتبة على قبول دعوى الحياة الضارة [٨٤]

l'action de vie préjudiciable

يترتب على قبول دعوى الحياة الضارة ، أي تلك التي تقيم مسئولية الطبيب عن واقعة ميلاد الطفل معاقا ، ثلاثة نتائج في غاية الخطورة تتعلق الأولى بقانون الأشخاص من ناحية ابتداع حق جديد من حقوق الشخصية هو الحق في عدم الميلاد ، والثانية بقانون المسئولية

---

[82] ***Bref, le dommage c'est la vie et l'absence de dommage c'est la mort . La mort devient ainsi une valeur préférable à la vie . N'y a-t-il pas là une perversion du concept de dommage ? si l'enfant se trouve dans un état dommageable que sa naissance a seulement révélé, il n'a pas été pour autant victime d'un acte dommageable imputable à une personne déterminée . Le fait de la nature n'est pas le fait de l'homme .*** SAINTE-ROSE : op. cit. p.2307 .

[83] ***le préjudice invoqué n'est pas juridiquement reparable .*** SAINTE-ROSE: op. cit. p.2307 .

[٨٤] راجـع تفصيلا مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE ، الأسبوع القانوني ص ٢٣٠٧ و ٢٣٠٨ .

المدنية من ناحية ابتداع التزام على الأطباء بضمان ولادة طفل سوي ، والثالثة بالتحريض على تحسين النسل .

أولاً : قانون الأشخاص : ابتداع الحق في عدم الميلاد :[٨٥]
droit de ne pas naître

عندما يقبل القضاء دعوى الطفل ، فإن ذلك يعني أنه اعترف بأنه قد لحقه ضرر واجب التعويض ، ولكن من الصعب تحديد الحق الذي نتج هذا الضرر عن انتهاكه .

وقد بادرت إلى تحديد هذا الحق بجرأة بعض محاكم الموضوع فأشارت محكمة Montpellier الابتدائية « أن الموافقة على قبول دعوى الطفل تعني الاعتراف له بسلطة تقدير القرار الأولي لوالديه بالحمل واستمراره حتى الولادة والذي وهبه الحياة »[٨٦]، كما قضت محكمة استئناف Bordeaux بصراحة أكثر بأنه « إذا كان للكائن البشري عند الحمل به بعض الحقوق ، فإنه لا يملك الحق في أن يولد أو ألا يولد ، أن يحيا أو ألا يحيا ، وأن ميلاده أو إلغاء حياته لا يمكن أن يعتبر بمثابة فرصة أو فوات فرصة يمكن له أن يستخلص منها نتائج قانونية ».[٨٧]

---

[85] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2307 .

[86] TGI Montpellier, 15 décembre 1989, JCP 1990, II, 21556, note Jean-Pierre GRIDEL .

[87] *"si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre et sa =*

فمن أجل إيجاد أساس لحق التعويض عن ضرر الحياة الضارة ، ***فينبغي أن يكون الطفل صاحب حق ، وأن يتم انتهاك هذا الحق .*** وهذا الحق لا يمكن أن يكون إلا حق الطفل في أن يولد ''سويا أو صحيحا normal''، وذلك إذا توافرت فيه معايير الاستواء أو الصحة [٨٨]، فإن لم توجد كان له الحق في الموت بدافع الشفقة قبل الولادة [٨٩]، وإلا تكون قد فاتته فرصة الموت [٩٠]– وفقا لتعبير M. J. HAUSER ، وهو ما يعني أن محكمة النقض قد فتحت الطريق لحق جديد ومثير للقلق من حقوق الشخصية [٩١]، والذي يتطابق في مضمونه مع رخصة الإجهاض المخولة للأم ، وهو ما لا يسهل قبوله .

فإذا وجد هذا الحق في عدم الولادة ، فإنه سيكون من ناحية أخرى نافذا أو محتجا به تجاه الكافة ، أي تجاه أشخاص العلاج الطبي من أطباء ومستشفيات في حالة وقوع إهمال من جانبهم ، وأيضا تجاه الوالدين اللذين يقرران الحمل بالطفل مع علمهما بأنهما يخاطران بأن ينتقل له عيب جيني جسيم أو لأنهما تركا الحمل يمضي حتى نهايته

=naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques". CA de Bordeaux, 26 janvier 1995, JCP 1995, IV, 1568.

[88] des critères de normalité .

[89] droit à "l'euthanasie prénatale" .

[90] la perte d'une chance de mourir .

[91] Jean HAUSER : Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 , p.871.

على الرغم من التشخيص المنذر قبل الولادة [٩٢]. بل يمكن أن يتسع الأمر تجاه الأم بصفة خاصة ، فتقوم مسئوليتها إذا باشرت تصرفات

---

[٩٢] راجع :

François TERRÉ : Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 .

فيقرر على وجه الخصوص أن هناك لحظات يجب على القاضي فيها أن يدخل أكثر مما فعل من قبل في أحكامه اعتبار القيم الأساسية valeurs fondatrices للمجتمع ، وبدلا من هذا فهناك من يضع نفسه في موقف مؤسف ، وذلك بالرجوع إلى مفهوم مبهم وواسع للإعاقة في مواجهة الطبيب والأم بل والأب : فاليوم تتقرر مسئولية الطبيب الذي كان يتعين عليه معرفة التشوه وفقا لدرجة التقدم العلمي ، وكذلك الوالدين في المستقبل إذا افترضنا أنهما يرغبان على الرغم من ذلك في هذا الطفل ، مع وجود احتمال كبير للإعاقة ، بحيث سيجوز للطفل الرجوع عليهما ، لأنهما قد منحاه الحياة في حين أنه لم يطلب منهما ذلك . وراجع في ذات المعنى كذلك :

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

كما يعبر François CHABAS عن ذات المعنى بعبارات أكثر حدة مقررا أنه : وتبدأ الحدود بين المعقول واللامعقول في الزوال عندما نواجه احتمال مسئولية الأبوين نفسيهما ، ورغم أن السيد المستشار SARGOS يستبعد في تقريره هذه الإمكانية ، فإننا لا نشاطره رأيه : فوفقا لحكم الجمعية العمومية ، يعد الطبيب مسئولا لأنه ، بخطئه ، منع الأم من اتخاذ القرار بموت طفلها ، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا لا يكون صاحب القرار الأخير le décideur final مسئولا ؟ أخذا بالحكمة القائلة أن « من يستطيع ولا يمنع يأثم »

= « Qui peut et n'empeche peche ».

ضارة بصحة الطفل أو إذا رفضت تعاطي العلاج الذي كان مفيدا ، قبل أو أثناء الحمل ."[٩٣]

إن منطق دعوى الحياة الخطأ l'action en wrongful life سيفضي إلى تحول رخصة الإجهاض المعترف بها للأم إلى التزام عليها ينكر كلية حريتها في التحكم فيه ، وهكذا يُعكَسُ منطق قانون ١٧ يناير ١٩٧٥ طالما ستكون الأم ملتزمة بالخضوع للإسقاط الإرادي للحمل من أجل عدم الإضرار بالغير ، في حين أن هذا الفعل – وهو ما ينساه

- فطالما أن هذه الحياة تعد ضررا ، ألا يكون هناك خطأ من جانب الأم عندما تمتنع عن تجنب تحقق الضرر الذي تم إعلامها بأنه شبه حتمي .

ألا يعد الحق في اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل مسألة نسبية لكونه متروكا لتقدير الأم ؟ فحتى الآن ، كان الإجهاض العلاجي حقا للمرأة ، فلا يوجد عليها التزام به تجاه ذلك الجنين الذي لم يتمتع بعد بالشخصية القانونية ، ولا تجاه المجتمع بهذا الخصوص ، أما حكم الجمعية العمومية فقد جعل من هذا الحق واجبا تجاه الطفل المحتمل . ويبدو فساد القاعدة الجديدة في أنها تلزم الأم باتخاذ القرار المزعوم أنه لمصلحة الطفل وذلك بالرهان القائل على المشاعر التي يمكن أن تكون لديه إذا جاء للحياة . فإذا قررت اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل ، فلا مسئولية عليها إذا توافرت الشروط التي تطلبها تقنين الصحة العامة ، أما إذا اختارت الاحتفاظ بالطفل ، فيتصور أن يرفع الطفل دعواه تجاهها ، إذا تضرر من الحياة .

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2311 .

[93] SAINTE-ROSE : op. cit. p. 2307 .

البعض أحيانا – يمكن أن يعرضها هي نفسها لمخاطر [٩٤]. ولذلك فليس من المدهش أن يجمع الفقه على رفض أية دعوى للطفل المعاق تجاه والديه وذلك ليس فقط لاعتبارات المصلحة العامة ولكن أيضا لاعتبارات ذات طابع أخلاقي ، فواقعة منح الحياة لا يمكن أن تشبه بالخطأ . وإذا كانت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية قد أجازت الادعاء المدني من جانب الأم بصفتها ممثلا قانونيا لابنتها القاصرة المولودة نتيجة جريمة اغتصاب المحارم ، فإن ذلك التعويض ، ليس عن واقعة ميلادها ولكن بسبب الظروف التي أحاطت بالحمل بها ، الذي كان مرتكب الاغتصاب مسئولا عنه مباشرة . فيجوز للطفل ، ضحية هذا الوضع المؤلم أن يطالب من أحدثه بالتعويض .[٩٥]

بل أن الاعتراف بهذا الحق للجنين يمس بكرامة الوالدين : إذ تتضمن دعوى الحياة الخطأ تمييزا بين الآباء الذين يتمتعون بالجودة

---

[٩٤] وهو ما تضمنته صراحة الفقرة الأولى من المادة L. 162-3 من تقنين الصحة العامة عندما نصت على أنه : يجب على الطبيب الذي تلجأ إليه المرأة بغرض إجهاض الحمل : ١- أن يعلمها بالمخاطر الطبية التي تتعرض لها هي نفسها وتلك التي قد تتعرض لها إمكانية أمومتها في المستقبل ؛ ....

Art. L. 162-3. - Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, sous réserve de l'article L. 162-8 :
1° Informer celle-ci ***des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures ;*** ....

[95] Cass. Crim 4 février 1996, B. n° 43 : SAINTE-ROSE : op. cit. p. 2307 .

البيولوجية [٩٦]، والآخرين الذين ليسوا كذلك ومن ثم يتعين عليهم الامتناع عن الإنجاب .[٩٧]

كما يضاف إلى ما سبق أن منطق هذه الدعوى التي تقوم على حق الطفل في عدم الحياة ، ينكر عليه حقا أكثر جوهرية ، وهو الحق في الحياة ، ولا يعترف له إلا بحق ذي طابع خاص وهو الحق في الموت بدافع الشفقة ؟[٩٨] الذي لا يمكن أن يستخدم إلا في القضاء عليه . ***وهنا يبدو التناقض الصارخ بين إجازة أن يستعمل الطفل المعاق صفته كشخص قانوني من أجل المطالبة بتعويض الضرر الذي نتج عن واقعة عدم إجهاضه ، التي كانت ستمنعه هي ذاتها من أن يكون شخصا قانونيا*** . فالخلاصة ، أن الطفل يرفع دعواه – أو بالأحرى رُفِعت دعواه – استنادا لأنه لم يكن يجب أن يوجد .[٩٩]

ثانيا : قانون المسئولية المدنية : ابتداع الالتزام بضمان ولادة طفل سوي :[١٠٠]

ومن نتائج هذا القضاء الذي أعفى من رابطة السببية ، أنه قد فرض التزاما حقيقيا بضمان السلامة على الممارسين الطبيين بشأن

---

[96] les parents de bonne qualité "biologique" .

[97] SAINTE-ROSE : op. cit. p. 2307 .

[98] un droit spécifique : droit à la mort miséricordieuse .

[99] SAINTE-ROSE : op. cit. p. 2307 .

[100] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2307 , p.2308 .

الولادة وأعفى من أحدثها ، أي الأب والأم ، تماما من المسئوليـ
بفضل وجود المتابعة الطبية ، وهكذا سنعبر من نظام المسئولية التي نعرفها إلى نظام للضمان التلقائي [١٠١]، وهو ما قد يفضي بعد ذلك إلى أن تفتح ولادة طفل معاق الباب لدعوى تعويض ضد الأطباء دون الانشغال في النهاية بخطئهم طالما لن تشترط أية علاقة سببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الناتج عن الولادة .[١٠٢]

وهذا الالتزام بالضمان الكامل بولادة طفل سوي يخاطر بإعفاء الأطباء من المسئولية كلما زادت فداحة مسئوليتهم ، لأنهم لم يعودوا مسئولين فقط عن المرض ولكن ''مسئولين مباشرة عن خلق كائنات''[١٠٣]، وهو ما يخرج عن قدرة البشر ومن ثم عن مسئوليتهم .

---

[101] un système de garantie automatique .

[102] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

ويستطرد البعض في هذا السياق قائلا « وهكذا ، يتم قطع الحبل السُري le cordon ombilical بين علاقة السببية والمسئولية المدنية طالما أن مسئولية الطبيب قد تقررت بحيث يجب عليه أن يعوض ضررا لم يسببه وهو الإعاقة . بينما تستبعد فكرة المسئولية في ذاتها إمكانية أن تتقرر مسئولية الشخص عن أضرار لم يسببها سواء بفعله الشخصي ، أم بفعل شيء في حراسته أو بفعل شخص آخر يتولى رقابته » .

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

[103] *“en charge directe de la création des êtres”.*

راجع في هذا المعنى :
=

ثالثا : التحريض على تحسين النسل :[١٠٤]

La tentation de l'eugénisme :

وهكذا تترتب النتيجة الأخرى المتوقعة للالتزام بالضمان الواقع على عاتق الممارسين ، وهي اندفاعهم في حالة الشك إلى التوصية بالإجهاض الذي لن يؤدي إلى أية مسئولية ، وهنا ينبغي التنويه إلى أن ''مبدأ الاحتياط أو الأخذ بالأحوط'' [١٠٥]– ولو كان ساريا في هذه الأيام – لا يتعلق هنا باتخاذ إجراء قد يتبين بعد اتخاذه أنه غير مفيد أو غير ملائم ولكنه يعني القضاء على جنين بشري ، وهي عملية لا يجوز ابتذالها لحد الإفراط ولو كانت جائزة قانونا . كما أن من شأن تعدد اختبارات الكشف المبكرة المرتبطة باكتشاف جينات جديدة ، زيادة مخاطر الخطأ والضرر ، وهو ما سيؤدي إلى تدعيم نوع من تحسين النسل بهدف الاحتياط [١٠٦]، والذي سينضم إلى نوع آخر من تحسين النسل المسمى "بالعائلي"[١٠٧]، والذي أدت إليه تطورات طب الأجنة [١٠٨] التي تضخمها وسائل الإعلام ، والذي قد يدفع الوالدين للسعي وراء إنجاب "طفل جميل" "bel enfant" . [١٠٩] وقد عبر البعض عن ذلك

= SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[104] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[105] Le "principe de précaution".

[106] eugénisme de precaution .

[107] eugénisme dit "familial" .

[108] la médecine foetale .

[109] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

بعبارة رائعة محذرا من السير في هذا الطريق إلى نهايته « *طفل عندما أريد ، ومع من أريد ، وفي الحالة التي أريد* » .[١١٠]

« un enfant quand je veux, avec qui je veux, et dans l'état que je veux ».

وأيا كانت الروح التي يتضمنها الاعتراف بدعوى الحياة الضارة، الشفقة أم الأنانية ؟ فسيكون من أثرها إعطاء الإجهاض دور المنظم أو المنسق[١١١]، وهو ما يعود بنا إلى التصور المأساوي الذي أشارت إليه Mme V. PECRESSE عندما ذكرت عبارة ''الحياة التي لا تستحق أن تحيا''[١١٢]، والتي تكون - من ثم - عديمة الجودة[١١٣]، وهو ما يستحضر فكرة الحياة التي ليست لها قيمة جوهرية المقررة في القانون النازي[١١٤]، وهو ما يتعارض صراحة مع نص

---

[110] Jean HAUSER : Obs. sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000 RTD civ. (1) 2001 , p.103 .

[111] un rôle "normalisateur" à l'avortement .

[112] "*les vies qui ne valent pas la peine d'être vécues*" .

[113] dépourvues de qualité .

[114] Il s'agit d'une allusion au concept de "vie sans valeur vitale" issu du droit nazi.

راجع :
Jean HAUSER : Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 , p.871.

وكذلك ص ٢٣٠٨ وهامش ٥٦ من مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE في دعوى PERRUCHE .

المادة ١٦-٤ من التقنين المدني الفرنسي في فقرتها الثانية التي تحظر ممارسة أي إجراء تحسيني للنسل يستهدف تنظيم انتقاء الأشخاص.[١١٥]

شئنا أم أبينا ، فإن ضرر عدم الإجهاض يقوم على منطق غير سوي : إذ أنه يثير منطق تصفية الأشخاص غير العاديين أو غير الطبيعيين الذي يتصادم مع الضمير القانوني .[١١٦]

ومن هنا نفهم لماذا رفضت بعض المحاكم والتشريعات المقارنة مبدأ دعوى الحياة الخاطئة نفسه ، فهناك شبه إجماع في أحكام القضاء الأمريكي على رفض الطلبات المرفوعة باسم الطفل ، إذ رفض القضاة أن يتضرر الشخص لأنه قد ولد كما يرفضون أية مقارنة بين الحياة ولو كانت معاقة وبين عدم الوجود ، بل ونددوا أيضا بتهافت هذه الدعوى ، كما حظرت تشريعات العديد من الولايات الأمريكية دعوى الطفل .[١١٧]

---

[115] L'article 16-4 , alinéa 2 du Code civil : ***"Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite."***

[116] *Il relève d'une logique d'élimination des "anormaux" qui heurte la conscience juridique.* SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[١١٧] راجع المراجع والأحكام المشار إليها بهامش ٥٨ من مذكرة المحامي العام SAINTE-ROSE .

كما قضت محكمة استئناف Québec في كندا بأنه « لا تجوز مقارنة وضع الطفل بعد الميلاد بالوضع الذي كان سيكون عليه إذا لم يولد ؛ فمجرد عرض المشكلة ينطق بما يشوبها من مخالفة للمنطق».[١١٨]

كما قضت محكمة استئناف إنجلترا في حكم Mc Kay في عام ١٩٩٧ ، بأن دعوى الحياة غير المرغوبة [١١٩] تتعارض مع النظام العام وتمثل مخالفة لقاعدة سمو الحياة الإنسانية ، كما أن هذا النوع من الدعاوى محظور من ناحية أخرى بمقتضى تشريع الإعاقات الخلقية الصادر في ١٩٧٦ . [١٢٠]

---

[١١٨] وذلك في دعوى CATAFORD c/ MOREAU, 1978 : راجع :
SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[119] le procès pour "vie non désirée".

[120] Congenital Disabilities (Civil Liability) Act . SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

وراجع تفصيلا في عرض المشكلة في القانون الإنجليزي من وجهة نظر أحد الفقهاء الإنجليز وذلك بمناسبة تعليقه على حكم PERRUCHE :

Basil MARKESINIS : Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt PERRUCHE , RTD civ. (1) 2001 , p.77 et s.

وراجع بصفة خاصة ما ذكره بشأن قضية Mc Kay : فقرة ٣ ص ٨٠ وفقرة ٤ ص ٨١ .

ولا يفوتنا أن نشير إلى فكرتين أكد عليهما المحامي العام SAINTE-ROSE في نهاية رده على أسباب الطعن بالنقض المقدم من الوالدين PERRUCHE باسم طفلهما Nicolas :[١٢١]

الأولى : تتعلق بمشروعية دعوى الحياة الخطأ : فلا يجب أن تنسينا الفائدة التي تعود من طلب التعويض المرفوع باسم الطفل المعاق، أن احترام حقوق الإنسان الأساسية ، يقتضي أن الموافقة على أن ميلاد الطفل يعد ضررا بالنسبة له ، تمثل اعتداء على احترام كرامته . كما أن من شأن هذه الدعوى أن « تدعم *الظاهرة الاجتماعية الرافضة للأشخاص الذين يعتبرون غير طبيعيين* »[١٢٢]، إذ أنها تقيم نوعا من التمييز ضد المعاقين بالميلاد وذلك بواسطة السماح بالإجهاض المسمى علاجيا ولكنه في الحقيقة يحقق نوعا من تحسين النسل ، ومن ثم فإن هذه الدعوى تتعارض مع المبدأ الذي صاغته المادة ١٦ من التقنين المدني الفرنسي والتي تتضمن مساواة جميع البشر في الكرامة أو

---

[121] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[122] *"renforcer le phénomène social de rejet des sujets considérés comme anormaux"* .

راجع : SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 ويشير إلى :
Comité consultatif national d'éthique, avis n° 37 du 11 juin 1993.

المعصومية .[١٢٣]، وهو ما يستتبع أن *المصلحة فى التصرف في الطفل ليست مصلحة مشروعة .*

l'intérêt à agir de l'enfant n'est pas légitime.

الفكرة الثانية : أن واقع قواعد المسئولية المدنية لا يتوافق مع مدى المساعدة التي يحق لآباء الأطفال المعاقين توقعها في رعايتهم وتربيتهم لهم والتي تمثل عبئا ثقيلا : فيجب أن تقوم هذه المساعدة على التضامن القومي [١٢٤]. وهي مسألة من مسائل القانون الاجتماعي أو التشريعات الاجتماعية ***droit social*** وليست من موضوعات المسئولية

---

[١٢٣] تنص المادة ١٦ من التقنين المدني الفرنسي على أن '' يكفل القانون سمو الشخص ويمنع أي اعتداء على كرامته ويضمن احترام الكائن البشري منذ بداية حياته ''.

"Art. 16. - La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle- ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie."

كما تنص المادة ١٦-١ منه على أن : '' لكل إنسان الحق في احترام جسده . ولا يجوز المساس بالجسد البشري . ولا يجوز أن يكون الجسد البشري وعناصره وما ينتج عنه محلا لحق مالي ''.

Art. 16-1.- " Chacun a droit au respect de son corps.
Le corps humain est inviolable.
Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ".

[124] ***la solidarité nationale*** : Jean Pierre GRIDEL : Note sous TGI Montpellier, 15/12/1989, JCP 1990, II, 21556 ; Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

المدنية ، ورغم وجود بعض النصوص في هذا الشأن[١٢٥]، إلا أنه من المؤسف أن الوسائل المتاحة ليست على مستوى الطموحات المعلنة.[١٢٦]

وبطبيعة الحال فقد انتهى المحامي العام إلى مطالبة الجمعية العمومية لمحكمة النقض برفض الطعن بالنقض المرفوع من جانب الوالدين باسم طفلهما ، ويبدو أن هذا العرض الرائع المدعم بفقه غزير – أوردناه بقدر المستطاع – لم يقنع الجمعية العمومية [١٢٧]، التي قضت

---

[125] la loi n° 75-554 du 30 juin 1975 modifiée d'orientation en faveur des personnes handicapées .

[126] SAINTE-ROSE : op. cit. p.2308 .

[١٢٧] وذلك على الرغم من الخاتمة المؤثرة التي خاطب بها الجمعية العمومية قائلا : « إذا كانت المسألة الأساسية التي أثارها الطعن يتداخل فيها القانون والأخلاق ، فإن ذلك لا يعني أنها لهذا السبب تقع في حدود المهمة الدقيقة للقاضي ، وإن كان هذا التداخل يقتضي قيام القاضي ، عند صمت التشريع ، بدوره في التوفيق بين القانون والأخلاق ، بل وأن يقاوم ، عند الحاجة ، تطورها من أجل الحفاظ على القيم الأساسية للمجتمع ، وهي مهمة في غاية الأهمية هنا لأنها تتصل بوضع الحدود الضرورية لبعض الميزات غير العادية التي سيكتسبها الإنسان على ذاته ، بفضل علم الأحياء والتقنيات الطبية في الوقاية والتنبؤ : وسيكون الحكم الذي ستتخذونه ذا قيمة مبدئية وسينعكس بالضرورة على تطور الإجهاض العلاجي للحمل وعلاقته بتحسين النسل وكذلك على فكرة كرامة أو معصومية الشخص الإنساني وبصفة أكثر عمومية ، على تصور القانون للإنسان والذي ستوصلونه للمجتمع » .

بنقض حكم الاستئناف وأقرت مبدأ تعويض الطفل عن ميلاده معاقا وهو ما أثار ضدها غالبية الفقه الفرنسي ، وإن كان هذا الحكم لم يعدم قلة من الأنصار من كبار الفقهاء .

المبحث الثالث

موقف الفقه الفرنسي من حكم PERRUCHE

المطلب الأول

رفض غالبية الفقه الفرنسي لحكم PERRUCHE

لقد أثار الحكم الصادر من الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ اضطرابا هائلا ، وإذا كان الخلاف بشأنه قد ثار حول علاقة السببية ، إلا أنها ليست وحدها المسألة الجوهرية ، إذ يتعلق الأمر أيضا بمعرفة ما إذا كانت مأساة الطفل المعاق تعد ضررا قابلا للتعويض .... ضررا يتمثل في الإخلال بحق له محله ظروف الحياة التي سيعيشها .[١٢٨]

فقد أصبح ميلاد طفل معاق فضيحة وحادثا لا يطاق في وسط عقلاني ومؤمن بالطب مثل المجتمعات الغربية الحديثة ، إذ يكشف بقسوة عن قصور إرادة الإنسان وقدرته على التوقع . ومن هنا بدأت ، اليوم أكثر من أي وقت مضى ، محاولة أن تعزى هذه المأساة إلى تقصير بشري وذلك من أجل إيجاد تفسير لها والسيطرة عليها [١٢٩]، بل

---

[128] Laurent AYNÈS , Préjudice de l'enfant handicapé : La plainte de Job devant la Cour de cassation, D. 2001, chr., p. 492.

[١٢٩] وقـد عبر عن هذا المعنى المحامي العام Sainte-Rose في مرافعته الشفوية في هذه القضية قائلا : « في مجتمعنا الذي تسوده المادية ، فإن التطورات المذهلة للطـب المسمى بطب التنبؤ la médcine prédictive ، والتطور الذي صاحبه=

وأيضا من أجل تحرير الجماعة الإنسانية من واجبها في تحمل المسئولية الثقيلة عن حياة المعاقين المعذبة . وهكذا اتجهت محكمة النقض إلى تعيين المسئول عن الضرر الذي لحق بالطفل الذي ولد معاقا من جراء داء أصابه في فترة الحمل ، والذي تكون نتائجه محتومة في ظل الوضع الحالي للتطور الطبي ، وهو الطبيب الذي لم يسمح للأم بالإجهاض بخطأ منه ."[130]

هذا وقد أثار الحكم الصادر من الجمعية العمومية لمحكمة النقض في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ ردود أفعال واسعة ، إذ أن أية مسألة من مسائل القانون لا تكون قاصرة على القانون فحسب ، وهذا ما فصلت فيه محكمة النقض عندما اقتحمت سر الحياة الإنسانية وحاولت بدافع من الحب للإنسان التحكم في معطيات تكوينه بتطبيق آلية بسيطة وعقلانية للمسئولية المدنية . إلا أن حكما بمثل هذه الأهمية لا يضع الفن القانوني في اعتباره منذ البداية سيؤدي لا محالة إلى أضرار جسيمة فيما بعد . ويجب على رجل القانون ، مثل كل كائن يتمتع بضمير إنساني ، أن

= للتشـــخيص الســابق علــى الــولادة diagnostics prénataux ، وعدم تأثيم الإجهــاض ، والــتطور الفكــري ، قد جعلت جميعها من الموت أو العاهة مجرد ظواهــر طبيعية يمكن أن تحدث بمناسبة الولادة ، وأن فكرة القضاء والقدر لم تعد مقبولة » راجع : Laurent AYNÈS ، السابق ، هامش ١ ص ٤٩٢ .

[130] Laurent AYNÈS : op. cit. n°1 p.492 .

يتصدى وينبه عند الغفلة ، وأن يحرص على أن يمد نظره واهتمامه لما يجاوز حدود تخصصه .[١٣١]

ونذكر بإيجاز بوقائع القضية : فقد ظهرت على امرأة أثناء حملها أعراض الحصبة الألمانية ، ومن ثم فقد أحاطت طبيبها علما بأنها قررت الإجهاض إذا تبين أنها مصابة بهذا المرض فعلا . ونتيجة لأخطاء من جانب معمل التحاليل ، وإهمال من الطبيب : اعتقدت المرأة بمناعتها ضد هذا المرض ، ومن ثم فقد وضعت طفلا مصابا باضطرابات عصبية جسيمة وفي وظائف الحواس . هذا وقد قضي للوالدين بالتعويض عما أصابهما من ضرر من جراء ذلك . أما عن طلب تعويض الضرر الذي لحق بالطفل ذاته ، إلى جانب ما طالب صندوق التأمين الصحي برده من نفقات العلاج التي دفعها ، فقد رفضتهما محكمة استئناف باريس التي رفضت أن تعتبر أخطاء المعمل والطبيب سببا للأعراض الجسيمة التي لحقت بالطفل [١٣٢]، ورغم أن هذا الحكم قد نقض في ٢٦ مارس ١٩٩٦ [١٣٣]، إلا أن محكمة استئناف

---

[131] Laurent AYNÈS : op. cit. n°1 p.492 .

[132] CA Paris 17 décembre 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU .

[133] Cass. 1re civ., 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n° 3946, obs. Murat , et n°3985 obs. G. Viney ; D. 1997, Jur. p. 35, note Roche-Dahan , et somme. p. 322, obs. J.Penneau ; RTD civ. 1996, p.871, obs. J. Hauser ; RTD civ. 1996 p. 623 note P. Jourdain .
=

Orléans التي أحيلت إليها الدعوى بعد نقض الحكم السابق قد قاومت حكم النقض وقضت بأن : الخطأ الذي وقع من الممارسين أجنبي عن الإصابة بمرض الحصبة الألمانية ؛ وأن النتيجة الوحيدة لهذا الخطأ هي

= وقد سبق أن أوردنا فقرات مطولة من هذا الحكم : راجع ما سبق تحت عنوان : ثالـــثا : محكمـــة النقض تتجه إلى تعويض الطفل أيضا ، وراجع أيضا موجز لهذا الحكم على موقع محكمة النقض الفرنسية :

http://www.courdecassation.fr/_BICC/430a439/432/cour/cass432.htm#668

N° 668.- PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES :

CIV.1 26 mars 96 CASSATION PARTIELLE

Nos 94-11.791 et 94-14.158.- CA Paris, 17 décembre 1993.- Epoux X... et a. c/ M. Y... et a.

Médecin chirurgien.- Responsabilité contractuelle.- Faute.- Lien de causalité.- Coexistence de fautes commises par un laboratoire et par le praticien à l'égard d'une femme enceinte.- Séquelles neurologiques de l'enfant.- Portée.-

« Les fautes commises par un laboratoire dans la recherche d'anticorps rubéoleux prescrite chez une femme enceinte, et par le praticien qui a manqué à son obligation de soins attentifs et diligents et à son devoir d'information et de conseil, sont en relation causale avec le dommage subi par l'enfant, atteint de séquelles neurologiques consécutives à la rubéole contractée pendant la vie intra-utérine ; il s'ensuit que l'enfant doit être indemnisé de son prejudice ».

« الأخطاء التي وقعت من المعمل في بحثه عن الأجسام المضادة للحصبة الألمانية لـــدى امـــرأة حامل ، ومن الطبيب الذي أخل بالتزامه بالرعاية الحريصة والجادة وبواجـــبه بـــالإعلام والنصيحة ، لها علاقة سببية مع الضرر اللاحق بالطفل الذي أصـــيب بأعـــراض عصبية ناتجة عن الحصبة الألمانية التي أصابته عدواها أثناء حياته في الرحم ؛ وهو ما يستتبع ضرورة تعويض الطفل عما لحقه من ضرر ».

ميلاد الطفل ، الذي ليس له الحق في رفع دعواه استنادا له [١٣٤]. وهنا طعن الوالدان من جديد نيابة عن طفلهما كما طعن فيه أيضا صندوق التأمين الصحي CPAM : ومن ثم فلم يكن هناك مفر من اجتماع الجمعية العمومية لمحكمة النقض والتي قضت بأنه « طالما أن الأخطاء التي ارتكبها الطبيب والمعمل في تنفيذ العقود المبرمة مع السيدة PERRUCHE قد حالت بينها وبين مباشرة خيارها في إسقاط حملها بغرض تجنب ولادة طفل معاق ، فإن هذا الأخير يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذه الإعاقة والذي سببته الأخطاء التي ارتكبت ».[١٣٥]

وهنا يكمن تسبيب الحكم : فبسبب أن الأم لم تتمكن من الإجهاض بسبب المعلومات الخاطئة التي تلقتها ، فإنه يجوز للطفل المعاق المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج من الإعاقة ، الذي سببته الأخطاء الطبية . وبعبارة أخرى ، لقد منعت الأخطاء الطبية الأم من إسقاط حملها ؛ بمعنى أنها منعتها من تجنب ولادة طفل معاق ؛ ومن ثم فإنها قد سببت أيضا ضررا للطفل وهو ميلاده معاقا . أي أنه يجوز

---

[134] CA Orléans , 5 févr. 1999, RTD civ. 2000, p. 80 obs. J. Hauser .

[135] Attendu, cependant, que ***dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;***

للطفل إذن المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج من واقعة أن أمه قد حرمت من إمكانية عدم ولادته . وأقل ما يمكن أن يقال هنا هو أن كل ذلك لا يمكن أن يمر بسهولة ؛ ومن هنا بدون شك كانت الصياغة المبهمة للحكم .[١٣٦]

ويمكننا أن نتناول موقف غالبية الفقه الفرنسي المعارض للحكم المذكور مما رآه هذا الفقه من أنه لا توجد علاقة سببية بين الأخطاء الطبية وبين إعاقة الطفل ، وأن الضرر الحقيقي الذي أصاب الطفل والمتمثل في واقعة ميلاده قانونا غير واجب التعويض قانونا [١٣٧]، على أننا سنتناول في البداية المنطلق الذي انطلق منه هذا الفقه وهو الارتباط الضروري بين مشكلة البحث وبين التنظيم القانوني للإجهاض الإرادي للحمل ، على أن نختتم هذا العرض للفقه الرافض لحكم PERRUCHE بخلاصة نراها ضرورية للإحاطة بدقة بهذا الاتجاه .

---

[136] Laurent AYNÈS : op. cit. n°4 p.493 .

[١٣٧] ومن هنا فقد وصف البعض هذا الحكم بأنه بمثابة طلاق بين التعويض والمسئولية :

Divorce entre l'indemnisation et la responsabilité : Denis MAZEAUD : Réflexion sur un malentendu : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 332 .

كما وصف في ذات التعليق التعويض الذي قضى به الحكم بأنه ***تعويض بدون مسئولية*** (ص ٣٣٣) ، ***إذ أنه تعويض بدون رابطة سببية*** (ص ٣٣٣) ***ودون ضرر*** (ص ٣٣٤) .

الفرع الأول

ارتباط المشكلة بالتنظيم القانوني للإجهاض الإرادي للحمل

كما أوضح المستشار Pierre SARGOS في تقريره في تلك الدعوى [١٣٨]، فإن المسألة كلها في جوهرها تنبثق من الإجهاض ، في أربعة خطوات متعاقبة :

الخطوة الأولى : في ١٧ يناير ١٩٧٥ صدر القانون المسمى (la loi Veil)[١٣٩]، والذي أزال عن الإسقاط العمدي للحمل

---

[138] Rapport de M. le conseiller Pierre SARGOS , JCP 2000, II, n° 10438, p.2293, n° 20 et s.

وراجع هذا التقرير أيضا على موقع محكمة النقض الفرنسية على شبكة الإنترنت :
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm

وراجع أيضا لذات المستشار بشأن ذات النقطة :

Pierre SARGOS : Réflexions médico-légales sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, JCP 2001, I, 322 , p.1041 et s.

وراجع أيضا :

Laurent AYNÈS : op. cit. n°5 p.493 .

وراجـــع تفصيلا على وجه الخصوص في العلاقة بين الإجهاض والمسئولية الطبية وبصفة خاصة عن التعويض عن إعاقة الطفل :

Muriel FABRE-MAGNAN : Avortement et responsabilité médicale . RTD civ. (2) 2001 p. 285 et s.

[١٣٩] راجع نص هذا القانون على موقع adminet القانوني على شبكة الإنترنت :
http://www.adminet.com/jo/loi75-17.html

وراجع تفصيلا في شروط الإجهاض وفقا لهذا القانون :

Jean PENNEAU : La responsabilité médicale , éditions SIREY 1977 , n°166 et s. p. 191 et s.

=

l'interruption volontaire de grossesse (IVG) صفة الجريمة الجنائية [١٤٠]، إذا تم خلال الأسابيع العشرة الأولى للحمل [١٤١] إذا لم يكن للأم طاقة به [١٤٢]، أو إذا تم في أي وقت لغرض علاجي .[١٤٣]

= ونـــوه هنا إلى أن هذه الأحكام قد عدلت حديثا جدا بالقانون الصادر في ٤ يولية ٢٠٠١ والـــذي سنشير إليه في حينه ، والذي اختلفت فيه بطبيعة الحال أرقام المواد الخاصـــة بتنظيم الإجهاض ، ولكن نظرا لأن الكثير مما اشتملت عليه هذه الدراسة من فقه وقضاء – ورغم حداثتها – قد جاءت قبل صدور هذا القانون ، فإننا سنورد فـــي الغالب أرقام المواد كما كانت وقت نشر الفقه أو صدور الحكم ، خاصة وأن القـــانون الأخـــير لم يتضمن تعديلا جوهريا للأحكام الخاصة بالإجهاض فيما عدا بعض المسائل الفرعية التي سنشير إليها في حينه .

[140] Muriel FABRE-MAGNAN : op. cit. p. 288 .

[١٤١] اثنا عشر أسبوعا بعد تعديل ٤ يولية ٢٠٠١ .

[١٤٢] راجع المادة L. 162-1 وما بعدها من تقنين الصحة ، ويمكن إيجاز أحكام هذا النوع من الإجهاض في أن المرأة الحامل التي لا طاقة لها به تستطيع أن تطلب من طبيبها إجهاض حملها (art L. 161-1). ويتعين عليها أن تمر بعدة إجراءات أولها استشارة طبية (art L. 162-3) ، ثم استشارة ذات طابع اجتماعي (art L 162-4)، وأخـــيرا يجب عليها ، بعد أسبوع من الاستشارة الأولى ، أن تؤكد طلبها بالإسقاط الإرادي للحمل كتابة (art L. 162-5) . راجع فقرة ٢٠ من تقرير المستشار المقرر SARGOS في دعوى PERRUCHE .

[١٤٣] ويمكـــن أن يجرى هذا النوع من الإجهاض في أي وقت إذا شهد طبيبان ، بعد الفحـــص والمناقشـــة ، أن استمرار الحمل يعرض حياة المرأة لخطر جسيم أو أنه يوجـــد احتمال قوي أن يولد الطفل مصابا بداء ذي جسامة خاصة مستعص على=

الخطوة الثانية : الإجهاض الذي يتم في هذه الظروف هو حق شخصي للأم ، وبصفة خاصة بشأن التحقق من حالة الضيق أو عدم إطاقة الحمل التي أصابتها ومن ثم فهي تمارسه بحرية ووفقا لاختيارها التقديري .[١٤٤]

=الشفاء وقت التشخيص (art L.162-12 et L 162-13 du C.S.P.) . راجع فقرة ٢٠ من تقرير المستشار المقرر SARGOS في دعوى PERRUCHE . ولا يفوته أن يذكر بالفقرة ٢١ من ذات التقرير أن المعلومات التي نشرتها إدارة البحوث والدراسات والتقييم والإحصاء بوزارة العمل والشئون الاجتماعية تفيد بأن النوع الأول من الإجهاض يمثل نسبة طاغية مقارنة بالنوع الثاني الذي يتم لغرض علاجي ، وعلى سبيل المثال بلغت نسبة الإجهاض لغرض علاجي ١,١ بالمائة من مجموع حالات الإجهاض التي تمت في عام ١٩٩٥ (٢٢١٢ حالة من ١٩٣٩٨٧) كما بلغت هذه النسبة ١,٤ بالمائة من مجموع حالات الإجهاض التي تمت في عام ١٩٩٨ (٣٠٢٦ حالة من ٢١٢١٠٣) .

[١٤٤] راجع تفصيلا في هذا الشأن فقرة ٢٢ من تقرير المستشار المقرر SARGOS في دعوى PERRUCHE والذي أبدى بعض الملاحظات بشأن التشريع سالف الذكر بشأن الإجهاض الإرادي للحمل والخلافات التي أثارها لدى عرضه على المجلس الدستوري وعلى مجلس الدولة وذلك لأن الحلول التي اعتمدها سيكون لها انعكاس على تقدير الجمعية العمومية لمحكمة النقض في الطعن المنظور . وقد أشار بصفة خاصة إلى أن التشريع سالف الذكر قد أحيل إلى المجلس الدستوري بناء على طلب بعض أعضاء البرلمان لأنهم رأوا فيه مخالفة للالتزامات الدولية لفرنسا ولحقوق الإنسان . وقد فصل المجلس الدستوري في ذلك في ١٥ يناير ١٩٧٥ ، وبخصوص المعاهدات الدولية فقد قرر المجلس الدستوري عدم=

=اختصاصه . أما بخصوص حقوق الإنسان المقررة بإعلان حقوق الإنسان والمواطن وبالدستور الفرنسي ، فقد قرر أنه لا يخالفها طالما أنه قد احترم حرية الأشخاص في هذا الشأن ، ولأن هذا القانون لا يجيز المساس بمبدأ احترام الكائن البشري منذ بدء حياته ، والذي ذكر به في مادته الأولى ، إلا في حالة الضرورة ووفقا للشروط والقيود التي حددها . راجع نص القرار المذكور على موقع المجلس الدستوري :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1974/7454dc.htm

" Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;
Considérant que la loi déférée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elles définit ;
Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ;
Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ".

وإن كان المستشار SARGOS يبدي أسفه لأن القانون لم يأخذ في الاعتبار رأي المجتمع ولا الأب على وجه الخصوص . وهكذا تدخل أحد الآباء بمناسبة حكم هام لجمعية مجلس الدولة (CE 31 octobre 1980, rec. p. 403) ، وتخلص وقائعه في أن إحدى الزوجات قد أسقطت حملها في مستشفى عام ، فادعى زوجها أن هذه المؤسسة الصحية قد ارتكبت خطأ لأنه يرى أن زوجته لم تكن في=

= حالة من عدم الإطاقة للحمل تبرر اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل . وهكذا تمسك الزوج إذن بالنظرية ، التي يدافع عنها البعض ، والتي ترى أنه ينبغي أن تكون هناك رقابة على حالة الضيق أو عدم الإطاقة التي تدعيها المرأة . ولكن مفوض الدولة Genevois ، مستندا بصفة خاصة إلى تحليل صارم للنصوص وللأعمال التحضيرية ، دافع بحزم عن فكرة ''أن حالة الضيق أو عدم الإطاقة المذكورة في قانون ١٩٧٥ هي فكرة شخصية محضة تقدرها المرأة بصفة مطلقة ، باستثناء المرأة القاصر غير المتزوجة ، وأن الاستشارتين اللتين نص عليهما القانون وهما استشارة الطبيب التي تطلبتها المادة L. 162-3 واستشارة إحدى الجهات الاجتماعية التي نصت عليها المادة L. 162-4 ، قد استهدفتا تبصير المرأة بشأن محتوى اختيارها وليس لإحلال قرار الغير محل قرارها'' . وقد قرر مجلس الدولة في حكمه بوضوح أن المرأة الراشدة وحدها هي التي ''تقدر بنفسها ما إذا كان وضعها يبرر إسقاط الحمل''.

qu'il n'appartenait qu'à la femme majeure "*d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse*".

والقول بغير ذلك سيكون من شأنه من ناحية أخرى إفراغ القانون من جزء كبير من مضمونه ويجعل من الاستشارتين تحقيقا تعسفيا ومهينا وجارحا للمرأة . فهي ليست ملزمة بأن توضح دوافع قرارها باللجوء للإجهاض الإرادي للحمل للطبيب أو للجهة الاجتماعية ، وليس لهؤلاء الأخيرين أي حق في استجوابها عن دوافعها ؛ بل لا يكون لهم سوى الاستعلام عن حالة الضيق أو عدم الإطاقة التي تؤكدها المرأة باختيارها المطلق ، وأن يمدونها بالمعلومات المتعلقة بصفة خاصة بمخاطر الإجهاض والمساعدات التي يمكن أن تستفيد منها خلال حملها وبعد ميلاد الطفل إذا قررت الاحتفاظ به والتي عددتها المواد L. 162-3 et L 162-4 . ولكن تنبغي الإشارة إلى أن ضمير الأطباء سيكون مقيدا لها بوضوح طالما أن لهم=

الخطوة الثالثة : أنه إذا حرمت الأم من مباشرة هذا الخيار نتيجة لتقصير من جانب الطبيب المتابع للحمل قبل الولادة ، أفضى إلى تضليلها بشأن حالة المولود ، فإن حقها الشخصي في الإجهاض يكون قد انتهك [١٤٥]، إذ فرضت عليها أمومتها لطفل معاق رغما عن إرادتها .

=الحرية ، المطلقة أيضا ، في رفض إجراء الإسقاط الإرادي للحمل . راجع فقرة ٢٣ من تقرير المستشار المقرر SARGOS في دعوى PERRUCHE .

ونشير بهذه المناسبة أيضا إلى أن المادة art L. 162-8 قد أعطت الطبيب أيضا الحرية المطلقة في رفض إجراء إسقاط الحمل :

Art. L. 162-8. - Un médecin n'est jamais tenu de donner suite à une demande d'interruption de grossesse ni de pratiquer celle-ci mais il doit informer, dès la première visite, l'intéressée de son refus.

Sous la même réserve, aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.

Un établissement d'hospitalisation privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.

Toutefois, dans le cas où l'établissement a demandé à participer à l'exécution du service public hospitalier ou conclu un contrat de concession, en application de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, ce refus ne peut être opposé que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux.

[١٤٥] وكان من شأن السير في هذا المنطق إلى نهايته أن يؤدي إلى وجوب تعويض الأم عندما يخفق الإجهاض ، إذ يكون حقها الشخصي قد انتهك أيضا ، إذ فرضت عليها الأمومة . ولكن ما حدث فعلا أن القضاء قد اعتبر أن ميلاد طفل غير معاق لا يمثل ضررا للأم إلا في حالة وجود ظرف خاص ، راجع هامش ٩ ص ٤٩٣ من مقال :

=

= Laurent AYNÈS , Préjudice de l'enfant handicapé : La plainte de Job devant la Cour de cassation, D. 2001, chr .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونية ١٩٩١ في دعوى يتعلق موضوعها بطلب تعويض مرفوع من فتاة غير متزوجة في الثانية والعشرين من عمرها ، يتيمة الأم ومولودة من أب مجهول ، وذلك عما أصابها من ضرر من جراء إخفاق الإجهاض الإرادي لحملها وإنجابها لطفل سليم التكوين ، بتأييد حكم محكمة الاستئناف التي رفضت هذا الطلب لأن « وجود الطفل الذي حملت به ، لا يمكن ، في حد ذاته ، أن يمثل بالنسبة لأمه ضررا قابل للتعويض قانونا ، حتى ولو كان ميلاده قد حدث بعد تدخل طبي لم يصادف نجاحا من أجل إسقاط الحمل ... وأنه لعدم وجود ضرر خاص ، يضاف إلى أعباء الأمومة العادية ، يكون من شأنه السماح للأم بالمطالبة بالتعويض عنه ، فإن حكم محكمة الاستئناف يكون قد صادف صحيح القانون » .

"*l'existence de l'enfant qu'elle a conçue ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère une préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse (...) qu'en l'absence d'un dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité, la cour d'appel a légalement justifié sa décision*" . Cass. Civ. 1ère , 25 juin 1991, Bull., n° 213, D. 1991, jur. P. 566 , Note : Philippe Le Tourneau .

ويلاحظ الأخير في تعليقه على هذا الحكم أن المبدأ الذي قررته المحكمة يكاد يتطابق مع ذلك الذي قرره مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢ يولية ١٩٨٢ .

(Assemblée, 2 juillet 1982, Mlle R. c/ Centre hospitalier de M.)

راجع موجز الحكم المذكور على موقع مجلس الدولة الفرنسي :

http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm

فقد قرر مجلس الدولة في هذا الحكم بصفة عامة أن الميلاد الذي لم يكن مرغوبا فيه من الوالدين لا يمثل ضررا من شأنه أن يخول الوالدين الحق في التعويض ، ومع التحفظ بشأن الحالات ذات الجسامة الخاصة ، ومن ثم فقد اعتبر ، آخذا في=

ومن ثم يجوز لها أن ترجع على الطبيب المخطئ لتعويض ما أصابها من جراء هذه الأمومة من ضرر مادي وأدبي .[١٤٦]

الخطوة الرابعة : وطالما أنه لم يكن من المتعين أن يولد هذا الطفل المعاق ، وطالما كان لأمه الحق في ألا تأتي به إلى الحياة وكانت ستجهض حملها حقا لو تم إعلامها على وجه صحيح ، فمن الجائز للطفل نفسه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بمناسبة عدم الإجهاض ، أي عن الحياة معاقا . وقد اعتبر البعض هذه الخطوة بمثابة فتح لباب جهنم .[١٤٧]

= الحسـبان الظـروف الخاصة للدعوى المنظورة أمامه ، أن ميلاد طفل مصاب بمتلازمة داون قد سبب للوالدين ضررا من شأنه أن يخولهما الحق في التعويض . أما فيما يتعلق بالطفل ، فقد قضى ، على العكس ، بأنه ليس له الحق في التعويض، فالضـرر الوحيد القابل للتعويض يتمثل في الإعاقة ، أما واقعة المجيء للحياة فلا يجـوز أن تعتبر ضررا في أية حالة ، ومن ثم فلا توجد علاقة سببية بين الإعاقة وبيـن الخطـأ الذي ارتكبته المستشفى . راجع أيضا في هذه النقطة تفصيلا : فقرة ٢٨ من تقرير المستشار SARGOS في نقض ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ . وما سبق أن أوردنـاه بشأن هذا الحكم تحت عنوان : أولا : البداية : إرساء مبدأ أن الميلاد في حد ذاته ليس ضررا منشئا للحق في التعويض .

[١٤٦] راجع تفصيلا :

Muriel FABRE-MAGNAN : op. cit. p. 290 et s .

[١٤٧] فينوه الأستاذ AYNÈS إلى أن الخطوة الثالثة ، المذكورة سابقا ، وهي اعتبار الإجهاض حقا شخصيا للأم ، يتحقق الإخلال به بميلاد الطفل المعاق غير=

=المرغوب فيه ويتيح لها الحق في التعويض ، لم تتم بسهولة ، فقد طالت المَناقشة بشأن من له الحق في تقرير خروج الطفل إلى الحياة ، فالأبوان اللذان يكون لهما الحظ في استقبال مولود جديد ، معاقا أم لا ، يتلقيان ما ليس نتاجا خالصا لإرادتهما. ولكنه لا يرى فائدة من العودة إلى هذه المرحلة ، التي تجاوزها القانون الوضعي دون جدال . ولكن العبور من المرحلة الثالثة إلى المرحلة الرابعة : أي إجازة أن يستند الطفل نفسه للضرر الناتج عن الحرمان من الحق في الإجهاض الذي كانت أمه ضحية له ، يفتح جهنم جديدة .

Laurent AYNÈS : op. cit. n°6 p.493 .

وعلـــى الـــرغم من هذا التطور فإن الأستاذة VINEY تأمل في تعليقها علـــى نقض ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ الرجوع عن تعويض الأبوين وكذلك عن تعويض الطفـــل المعاق على اعتبار أن : « الحياة قيمة لا ينبغي أن توزن بأية قيمة أخرى عندما يتعلق الأمر بتقدير ما إذا كان هناك ربح أو خسارة » .

La vie est une valeur qui ne doit être mise en balance avec aucune autre lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a perte ou profit.

أمـــا عـــن تحسين الظروف المادية للأشخاص المعاقين ، فإنها ضرورة حقا ولكنها تعنـــيهم جمـــيعا وليس فقط هؤلاء الذين لم يتم إعلام أمهاتهم خلال حملهن بخطر الإعاقة .

Geneviève VINEY : Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion . Cass. ass. plén. , 17 novembre 2000 , JCP, Éd. G. 2001 , I , n°286 p.66 .

وراجع أيضا :

François TERRÉ : Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 .

فيقرر أنه لا يجوز حقا الحديث بكل براءة وببساطة عن ثمن الحياة مثل ثمن أي شيء آخر ، وكذلك الأمر بشأن ثمن الموت . في مثل هذا النطاق ، فإن الحياة لها أسبابها التي لا يدركها العقل .

وبدون شك فقد عبر الحكم الصادر في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ إلى هذه المرحلة الأخيرة بخطوات محسوبة [١٤٨] ، وليس من المطروح حاليا مسألة مؤاخذة أم الطفل المعاق لعدم إسقاطها حملها . فقد كانت الأم الضحية الأولى للخطأ الطبي في هذا الحكم ، إذ أهدر الخطأ الطبي القرار الذي اتخذته بالإجهاض في حالة تشوه الجنين ، وحتى على فرض غياب مثل هذا الخطأ ، فإن قرارها بالإبقاء على الجنين وعلى أمومتها ، والذي كان ثمرة لمباشرة حريتها مع علمها المستنير ، لا يمثل خطأ يستوجب مسئوليتها .[١٤٩]

---

[١٤٨] ولكن يلاحظ أن العبور من المرحلة الثالثة إلى الرابعة لم يكن مؤرخا بالحكم الصادر في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ إذ سبق للدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض أن أجازت للطفل أن يطالب الطبيب الذي أوقع والديه في الغلط بالتعويض عن إعاقته وذلك بحكمين صادرين في ٢٦ مارس ١٩٩٦ والذي كان أحدهما صادرا في ذات دعوى PERRUCHE ، وعلى الرغم من ذلك ، فلم تكن الدائرة المدنية الأولى بذات الوضوح الذي حرصت عليه الجمعية العمومية التي أسندت اليوم الضرر الذي لحق بالطفل إلى الضرر الذي لحق بالأم ، والمتمثل في حرمانها من حقها في الإجهاض. راجع :

Laurent AYNÈS : op. cit. n°9 p.493 , p.494 .

[149] Laurent AYNÈS : op. cit. n°7 p.493 .

وراجع أيضا في هذا المعنى : P. SARGOS ، نبذة ٢٥ من تقريره في دعوى PERRUCHE ، والذي يصف فكرة إجازة أن يطالب الطفل المعاق بمسئولية أمه وذلك لعدم إجرائها للإجهاض « بالحماقة القانونية ineptie juridique » . ويستطرد قائلا أنه « لا يمكن أن يناقش بجدية في القانون الفرنسي أن منطق=

ولن يكون مستحيلا التنبؤ بالخطوة اللاحقة : ففي الغالبية العظمى من الحالات ، ستتخذ الأم التي تم تحذيرها من خطر تشوه أو إعاقة طفلها القرار العقلاني والمنطقي من وجهة نظر المجتمع وذلك بأن تقرر إجهاض الجنين ؛ فإن حدث العكس ، فإن اختيار تلك الأم التي تفضل على العكس الإبقاء على حياة طفلها ، يمكن أن يشكل سلوكا غير مألوف ، وتعسفي ، كما أنه من المفروض أن اختيار الأم لا يلزم سواها؛ ورغم ذلك فإن مباشرتها لهذه الحرية قد سبب ضررا للغير : أي الطفل المعاق وجهة التأمين الاجتماعي . فإذا لم يكن من الممكن الآن وصف اختيار الأم بدقة بأنه من قبيل الخطأ ، فعليها أن تتحمل على الأقل نتائجه : فيكون عليها ، على سبيل المثال ، التخلي عن الرجوع على جهة التأمين الاجتماعي [١٥٠]. وهو ما يعني الانزلاق بمنتهى النعومة في هوة تحسين النسل من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية [١٥١]، فعلى الرغم من الإبقاء على الطفل ، فإن جهات

=دعوى الحياة الخطأ يمكن أن يؤدي إلى تحول رخصة الإجهاض المقررة للأم إلى التزام » .

« Il ne peut être sérieusement soutenu en droit français que la logique de l'action en *"wrongful life"* conduirait à transformer la faculté d'avortement reconnue à la mère en obligation » .

[١٥٠] ولا يفوت البعض أن ينوه إلى وجود صندوق التأمين المرضي في الدعوى بجانب الوالدين : ومن ثم فإن جزءا كبيرا من التعويض المحكوم به فعلا للطفل سيكون مآله إلى الوقوع في جيب التأمين الاجتماعي . راجع : هامش ١٢ ص ٤٩٣ من مقال Laurent AYNÈS السابق .

[151] eugénisme économico-social .

الضمان الاجتماعي لن تتكفل به ، ومن ثم فإن الصفة الاختيارية للحق في الإجهاض سوف تتهاوى بفعل هذا الجزاء إذا اختارت الأم الإبقاء على الطفل .[١٥٢]

ويبدو أن المعلقين المتبارزين بشأن الحل المعلق عليه لم يناقشوا بالعمق الكافي مسألة التماثل بين مصدري ضرر الأم وضرر الطفل ؛ كما لو كان من المسلم به أن الحياة المعاقة للطفل قد نتجت من مخالفة حق شخصي متماثل بالنسبة للأم والطفل . وهو منطق خاطئ رغم

---

[152] Laurent AYNÈS : op. cit. n°7 p.493 .

وراجـــع أيضـــا François CHABAS فـــي تعليقه على حكم الجمعية العمومية في دعـــوى PERRUCHE حيث يستطرد : وهنا تبدو خطورة الإخلال بالنصوص التي تمنع كل ما من شأنه تحسين النسل وهي المادة الأولى من قانون ١٧ يناير ١٩٧٥ والمـــواد ١٦ و ١٦-٤ فقرة ١، ٢ من التقنين المدني (المضافة بالقانون رقم ٦٥٣ لســـنة ٩٤ الصـــادر في ١٩ يوليو ١٩٩٤) فإذا كانت المرأة هي القاضي المطلق بشـــأن مصلحة الطفل في أن يحيا والحكم الوحيد في القرار بمنع الحياة ، ألا يمكن أن تستســـلم لـــبعض الضغوط تبعا لمصلحة المجتمع ؟ فذلك الطفل المصاب بعاهة مستعصـــية يمكن أن يكون خطرا بالنسبة لنسله بل ولرفاقه . ولكن ألا يمكن على الـــرغم مـــن ذلك ، إذا تم غض النظر عن وظيفة الإنجاب ، أن يعيش حياته كاملة وأن يكـــون ســـعيدا . فهل ينبغي مع ذلك أن تمنع ولادته ؟ وأن يدان الطبيب الذي امتـــنع بطريق الخطأ عن التنبيه إلى خطر العاهة ؟ بلا شك أن الحديث في ذلك هو بعينه تحسين النسل . الذي هو خطوة قد تؤدي إلى ظهور شبح القتل بدافع الشفقة .
François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2312 .

وضوحه [١٥٣]: فهو يعتمد على أن الأم كانت ستجهض حملها إذا لم يقع الخطأ الطبي ، ومن ثم فلن يلحق الضرر بالطفل ؛ فعدم القيام بالإجهاض إذن هو الذي سبب حقا ضرر الطفل . ولكن يعيب هذا المنطق أن عدم الإجهاض لا يصير ضررا واجب التعويض إلا لأنه قد مثل اعتداء على حق الأم في الإجهاض ، وهنا نكون إذن قد سمحنا للطفل بالاستناد إلى الاعتداء على حق شخصي خاص بأمه وليس به هو.[١٥٤]

[١٥٣] ويبدو أن P. Sargos قد سار وراء هذا المنطق إذ يقرر أن « رفض الموافقة على وجود ضرر للطفل عند وجود ضرر الوالدين يخفي تناقضا داخليا مشوشا لا يمكن إغفاله أشار إليه العديد من الكتاب . ويأتي هذا التشويش من واقع أن ضرر الوالدين مؤسس بدقة في التحليل الأخير على ذات الخطأ الذي يستند إليه الطفل »: راجع رقم ٤٦ من تقريره في دعوى PERRUCHE . ولكن Laurent AYNÈS لا يوافقه على ذلك لأن تماثل الخطأ لا يتضمن مطلقا بالضرورة تماثلا في الضرر. راجع هامش ١٧ ص ٤٩٤ من مقاله السابق .

[154] Laurent AYNÈS : op. cit. n°10 p.494 .

الفرع الثاني

عدم توافر رابطة السببية بين الأخطاء الطبية وضرر الطفل [١٥٥]

لقد تركزت معظم المناقشة المتعلقة بتعويض ضرر الطفل المولود معاقا في نطاق السببية : فالتساؤل المطروح هو : هل أخطاء المعمل والطبيب هي التي سببت الضرر الذي لحق بالطفل ؟

لقد قرر غالبية الكتاب أن الأخطاء الطبية ليست مسببة للضرر ، فقد نشأت الإعاقة من آثار العدوى التي لحقت بالجنين ، والتي وجدت قبل التدخل الطبي الذي لم يكن باستطاعته أن يحول دونها ، وحتى لو كان التشوه قد اكتشف ، فإن ذلك لم يكن ليقلل من آثاره المأساوية . فالأخطاء الطبية لم تفعل شيئا في هذا الموقف [١٥٦]. وقد كان هذا موقف محكمتي الاستئناف اللتين تصدتا للفصل في هذه الدعوى على التعاقب . وهذا هو ما قرره أيضا مجلس الدولة في حكمه الصادر في ١٤ فبراير ١٩٩٧.[١٥٧]

---

[١٥٥] راجع تفصيلا :

Laurent AYNÈS : op. cit. n°12 et s. p.494 et s.

[١٥٦] من هؤلاء على سبيل المثال : Murat ، J. Hauser ، Roche-Dahan في تعليق كل منهم على نقض ٢٦ مارس سابق الذكر . وراجع أيضا في ذات المعنى :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2310 .

[157] Si la naissance d'un enfant handicapé peut, dans certains cas, constituer pour les parents un préjudice de nature à engager la responsabilité d'un =

وعلى العكس فقد اعتبر أحد الكتاب هذا الفهم الصحيح - الذي رأى أن الحصبة الألمانية هي سبب ما لحق بالطفل من أعراض - هشا وتحصيل حاصل لا مضمون له [١٥٨]، وأن المسألة الحقيقية هي معرفة ما إذا كان من الممكن تجنب هذه الأعراض إذا لم يكن الخطأ قد وقع من جانب الطبيب ومعمل التحاليل أم لا ؟ ويجيب على ذلك بأن رابطة السببية ليست محلا للشك طالما كان من شأن الإجهاض الذي سيلجأ إليه الوالدان أن يمنع من ميلاد الطفل [١٥٩]، كما يرى البعض الآخر أن هذا البرهان الذي يعد بديهيا أو تحصيل حاصل من الناحية البيولوجية قد لا يكون كذلك من وجهة النظر القانونية . فقد تظهر حينئذ بديهية أخرى وهي أنه لو لم يكن الطبيب والمعمل قد ارتكبا الخطأ ، لكانت الأم قد طلبت إجراء الإجهاض ، ولم يكن الطفل سيولد ، ولم يكن سيعاني إذن

=établissement hospitalier, une telle naissance ne saurait en revanche être regardée comme un préjudice pour l'enfant lui-même, en l'absence de tout lien direct de causalité entre le handicap et une faute qui aurait été commise par l'hôpital , CE 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Q. Rec. CE p. 44 .

راجع موجز الحكم المذكور ووقائع الدعوى تفصيلا على موقع مجلس الدولة على شبكة الإنترنت .

http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm .

[158] lapalissade sans portée .

[159] P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 , RTD Civ. 1996 p. 623.

من عاهته ، وتكون الأخطاء الطبية هي التي سببت حقا الضرر الذي لحق بالطفل .[١٦٠]

وبين هذين الاتجاهين بشأن رابطة السببية يرى البعض أن رابطة السببية تفتح المجال لمناقشات لا نهاية لها ، فمن المؤكد أن كل شيء يمكن أن يكون سببا لكل شيء [١٦١]، كما أنه يمكن حقا أن يقصد بسبب الضرر ليس فقط الحدث الذي أحدثه بطريقة إيجابية ، ولكن أيضا ذلك الذي لم يمنع حدوثه ، وهو ما أظهره الازدهار المعاصر للمسئولية بسبب عدم الإعلام أو عدم النصيحة .[١٦٢]

---

[١٦٠] راجع في هذا المعنى : فقرة ٣٥ من تقرير المستشار SARGOS في دعوى PERRUCHE .

[161] tout est cause de tout . Laurent AYNÈS : op. cit. n°14 p.494 .

وهو ما دفع Paul ESMEIN إلى أن يشتكي في عصره من « أهوال السببية » les affres de la causalité :

Paul ESMEIN : Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité , D. 1964 Chron. p. 205 .

ومن باب التندر بشأن الاتجاه لإعطاء بعض الأسباب أثرا غير مألوف ومبالغ فيه ، فقد وضع على رأس مقالته هذه عبارة PASCAL الشهيرة : « أنف كليوباترا : لو كانت أقصر بعض الشيء لتغير وجه العالم » .

« Le nez de Cléopâtre : S'il eût été plus court , eût change la face du monde» .

[162] Laurent AYNÈS : op. cit. n°14 p.494 .

وفي الحقيقة ، فهذه المسألة ليست ثابتة ، إذا أن المناسبة هي التي تتحكم ، وخاصة أن القضاء الفرنسي لم يستقر على اعتناق إحدى نظريتي السببية (السببية الملائمة أم تعادل الأسباب)[١٦٣]. فإذا أراد

---

[١٦٣] ويعـــبر البعض عن هذا المعنى بوضوح بخصوص القضاء المدني قائلا : وفي الحقيقة فإن المحاكم تعتنق النظريتين : فهي تطبق إحداهما أو الأخرى تبعا لظروف كـــل دعـــوى وبمنتهى المرونة ، ولا ينبغي الاستخفاف بالدور الذي تلعبه التجربة العملية في هذا الصدد بحيث تكاد تتعذر أية محاولة للتصنيف الفقهي في هذا الشأن، فالقضاء الفرنسي يعد في غاية البراجماتية (الواقعية) في هذا الشأن .

Philippe LE TOURNEAU et Loïs CADIET : Droit de la responsabilité , DALLOZ 1996 , n°825 p.236 .

وراجع أيضا :

Antoine PIROVANO : Faute civile et faute pénale, . L.G.D.J. 1966 .

حيث يقرر أن القضاء الجنائي الفرنسي يأخذ بنظرية تعادل الأسباب فقرة ٢٨٢ ص ٢٥٢ ، أمـــا القضــــاء المدني فيرفض نظرية تعادل الأسباب ويعتنق نظرية السبب المنتج فقرة ٢٨٩ ص ٢٥٨ ، وراجع في الخلاف حول ما إذا كانت نظرية السبب المنتج هي السائدة في القضاء الفرنسي :

Annick DORSNER-DOLIVET : Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : À propos de la chirurgie . L.G.D.J. 1986 , n°420 p.348 .

بيـــنما يلخـــص الـــبعض موقف القضاء في فرنسا في أن الدائرة الجنائية لمحكمة الـــنقض قد اتبعت نظرية تعادل الأسباب ، كما اتبعتها بعض أحكام الدوائر المدنية وإن كانت تتجه أكثر إلى اعتناق نظرية السبب المنتج .

DOMINIQUE COUDERT et Régis FOUQUES-DUPARC : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle (FRANCE) : Étude comparative dans les pays du marché commun (Sous la direction de René RODIÈRE et avec les réflexions comparatives de Michel PEDAMON) . Institut de droit comparé de l'úniversité de PARIS II , avec le concours du centre national de la recherche scientifique . Éditions A. PEDONE . 1983 . p. 53 . =

= وراجــع بصــفة عامة في تحفظ القضاء الفرنسي في استقباله للتعريفات الفقهية للسببية :

Annick DORSNER-DOLIVET : op. cit. n°418 et s. p.246 et s.

ولعل نظرة سريعة على اتجاهات الفقه والقضاء المقارنين في هذا الشأن توضح لنا أن المســألة في غاية الدقة وأن استخلاص توجيه عام في هذا الشأن يعد في غاية الصعوبة :

ففــي بلجــيكا ولكسمبورج : وعلى الرغم من أن الظاهر أن القضاء يعتنق نظرية الســبب المنــتج ويرفض نظرية تعادل الأسباب فإن بعض الأحكام تستخدم صياغة يصعب تفسيرها إلا وفقا لهذه النظرية . راجع :

Janie ECKERT et Régis FOUQUES-DUPARC : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (BELGIQUE ET LUXEMBOURG) : p. 89 .

وفي اليونان : يعتنق القضاء نظرية السبب المنتج . راجع :

Jean G. SCHINAS : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (GRECE) : p. 113 .

وفي إيطاليا : تميل غالبية الأحكام إلى نظرية تعادل الأسباب وإن كانت الاتجاهات الحديثة للفقه والقضاء تتجه نحو السبب المنتج . راجع :

Hélène COURTOIS : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (ITALIE) : p.139 .

وفي ألمانيا : يتبنى القضاء بصفة عامة نظرية السبب المنتج . راجع :

Eugen SCHWEINBERGER : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (ALLMAGNE) : p.200 .

وفي الدانمارك : تتبنى المحاكم نظرية السبب المنتج . راجع :

Dominique FERON : Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (DANEMARK) : p.209 . =

القاضي الحكم بالتعويض فليس عسيرا عليه العثور على رابطة سببية . فيكفي ألا يكون الفعل المسبِب – أي الخطأ الطبي في موضوعنا – أجنبيا كلية عن الضرر من أجل أن يحكم القاضي بأنه سبب للضرر إذا وجد ذلك ملائما في موضوع الدعوى ، وهو ما يمكن أن يقال عن حكم

= **وفـــي إنجلـــترا وأيرلندا** : تتبنى المحاكم فيما يبدو نظرية السبب المنتج بحسب الأصـــل مع عدم استخدام الفقه لهذا المصطلح بالتحديد ، مع ملاحظة أن القضاة لا يلزمون أنفسهم بقاعدة محددة في هذا الشأن ويقدرون المسألة وفقا للمنطق السليم . راجع :

Sheelagh A. McCRAKEN: Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle . Étude comparative dans les pays du marché commun (ANGLETERRE ET IRLANDE) : p.238 .

والـــراجح لـــدى الفقـــه المصري أن محكمة النقض المصرية تأخذ بنظرية السبب المنـــتج وليس بنظرية تعادل الأسباب : محمد حسين منصور : المسئولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٨٩ ص ١٢٣ والأحكام المشار إليها .

كمـــا لا يفوتـــنا أن نذكـــر بهذه المناسبة أن جانبا لا يستهان به من الفقه الفرنســـي يتحدث صراحة أو ضمنا عن عدم إمكانية بل وعدم فائدة وضع تعريف محـــدد لعلاقـــة الســـببية ، بل اتجه بعض الفقه في خارج فرنسا إلى تفضيل بعض الأفكـــار لكـــي تحـــل محل فكرة السببية ، فقد اتجه البعض في الولايات المتحدة وسويســـرا وألمانـــيا إلى فكرة العدالة أي تحديد المسئولية وفقا للوضع الاقتصادي للأطـــراف ، أو لفكـــرة حل المسألة على النحو الذي يحقق الغرض الذي استهدفته القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع ، كما لجأ جانب من الفقه الفرنسي إلى حل المســـألة وفقا لفكرة الخطر بمعنى البحث عن المخاطر التي يمكن أن تترتب على فعل معين . راجع تفصيلا :

Geneviève VINEY : Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions, L.G.D.J. 1982 , n°335 et s. p. 407 et s.

الجمعية العمومية لمحكمة النقض : فهو قابل للمناقشة – مثل أي مسألة تتعلق بالسببية – ولكن من الممكن قبوله .[١٦٤]

والحقيقة أن هذه المناقشة حول السببية تخفي مسألة أولية : ما هو الضرر الذي يراد التعويض عنه ؟ لأن السببية هي رابطة بين الخطأ والضرر الذي يتم تعويضه . وهكذا ، فالحكم لا يقول شيئا

---

[164] Laurent AYNÈS : op. cit. n°14 p.494 .

ويشير البعض في هذا الشأن إلى أن محكمة النقض قد اعتنقت في حكمها مفهوما لرابطة السببية بمقتضاه يعد الخطأ الطبي أصلا لكل الأحداث التي تلته ، ووفقا له فليس هناك انقطاع للتسلسل السببي . وباختصار ، اعتبرت الجمعية العمومية أنه توجد رابطة سببية ، ولو كانت ضعيفة ، بين الفعل المنسوب للطبيب والإعاقة التي لحقت بالطفل . فيكفي وفقا لها أن تتوافر « بذرة brin » للسببية أو « نبذة منها esquisse » بين الخطأ الأول والضرر النهائي من أجل تقرير مسئولية الطبيب . وفي الحقيقة ، وعلى عكس ما افترضته محكمة النقض في حكمها ، فليس هناك ولو « أوقية من السببية » « once de causalité »، وليس هناك « بذرة للسببية » « brin de causalité » بين خطأ الطبيب والإعاقة التي عوضت عنها محكمة النقض من الناحية الظاهرية . لأن إعاقة هذا الطفل كانت بسبب واحد هو الحصبة الألمانية التي أصابت أمه ؛ فليس للإعاقة إذن سوى سبب وحيد أجنبي ومستقل عن خطأ الطبيب : فباستشارة الطبيب أو بدونها ، وسواء كان هناك خطأ طبي أم لا ، فإن الطفل لا يمكن أن يولد إلا معاقا : في الحقيقة لا نزاع في أنه لا توجد أية رابطة سببية بين خطأ الطبيب وإعاقة الطفل .

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

بخصوص ضرر الطفل ، ولم يكن لديه شيء ليقوله طالما أن مسألة السببية هي التي عرضت على المحكمة فقط [١٦٥]، بينما أن المسألة لا تتعلق بها فقط بل أيضا بمسألة الضرر الذي يتم تعويض الطفل عنه وهو ما سنتناوله فيما يلي .

---

[165] Laurent AYNÈS : op. cit. n°15 p.494 .

الفرع الثالث
الجمعية العمومية تعوض الطفل في الحقيقة عن ضرر لا يجوز التعويض عنه قانونا

أولا : ضرورة وجود حق للطفل تم الاعتداء عليه للقول بوجود الضرر:

قد يبدو التساؤل عن الضرر اللاحق بالطفل تساؤلا أحمقا بعض الشيء : فهل يمكن أن يشكك أحد في أن الإعاقة الجسيمة التي تصيب طفلا منذ مولده لا تمثل ضررا بالنسبة له ؟ هل يمكن أن يقصد البعض أن الاضطرابات العصبية الجسيمة والصمم المضاعف والعمى ومرض القلب ، والتي تقتضي حاجته باستمرار إلى مساعدة شخص من الغير ، لا تعد ضررا ؟ لابد أن تكون الإجابة بالنفي . ولكن المسألة الحقيقية هي معرفة ما إذا كان هذا القصور الجسيم في القدرات الذهنية والجسدية هو من طبيعة من شأنها أن تنشئ حقا في التعويض .

لقد تصدى العديد من الكتاب لهذه المسألة [١٦٦]، كما خلص المحامي العام SAINTE-ROSE في مذكرة مرافعته في هذه القضية ، إلى أن « الضرر المدعى ليس قابلا للتعويض قانونا » [١٦٧]، وهذا ما

---

[١٦٦] من هؤلاء على سبيل المثال : Murat ، J. Hauser ، Roche-Dahan في تعليق كل منهم على نقض ٢٦ مارس سابق الذكر .

[167] le préjudice invoqué n'est pas juridiquement réparable.

راجع مذكرة مرافعته سالفة الذكر ص ٢٣٠٧ .

قضت به محكمة استئناف في الحقيقة Orléans ، على الرغم من أن تسبيبها لحكمها كان مرتبطا بمسألة السببية .[١٦٨]

إن غرض المسئولية المدنية هو جبر حق تم الإخلال به دون وجه حق ، فيجب من أجل السماح للمضرور بالمطالبة بالتعويض ، الاعتراف أولا بأن له حق أخل به ، ويراد إزالة هذا الإخلال عينا أو بمقابل ، من أجل إصلاح حقه . وهكذا توجد علاقة دقيقة جدا بين المسئولية المدنية ، وبين تمتع الشخص بحق معين ، فإذا حكم القاضي بالتعويض ، فذلك يعني أنه يؤكد على وجود حق للشخص وأنه يحقق احترامه بهذا التعويض : فالإخلال بمصلحة مشروعة يحميها القانون ، هو عنصر أساسي للضرر واجب التعويض . فمساوئ الحياة والمعاناة والنفقات التي تنفق بمناسبة تدني الحالة العقلية أو الجسدية لا يجوز أن تخول الحق في دعوى التعويض إلا إذا كانت نتيجة للإخلال بحق للشخص : أي إذا كان ذلك الذي أصابته يتمتع بسلطة أو بميزة تسمح له بتجنبها أو تفاديها .[١٦٩] ومن ثم فإن التناول المنطقي لتعويض الطفل المولود معاقا يجب أن يتم في نطاق مدى توافر حق لهذا الشخص وهو ما دفع البعض للتساؤل عما إذا كانت محكمة النقض تخلق بذلك حقا جديدا من حقوق الشخصية وهو الحق في عدم الميلاد .[١٧٠]

---

[168] Laurent AYNÈS : op. cit. n°16 p.495 .

[169] Laurent AYNÈS : op. cit. n°17 p.495 .

[170] Jean HAUSER : Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 , p.871.

وهكذا فكما كان من الممكن في مرحلة سابقة تبرير تعويض الأم عما أصابها من ضرر بسبب ميلاد الطفل بالتأكيد على وجود حق لها في عدم إنجاب أطفال ، أخل به الخطأ الطبي ، أفلا يمكن القول غدا ، مع تقدم طب قبل الولادة ، والنظرة المادية المتعاظمة التي تشرب بها قدوم الطفل إلى الدنيا ، أن للوالدين حق في ألا ينجبا سوى الأطفال الأصحاء ، مثل المشتري الذي له الحق في الحصول على منتج خال من العيوب ؟ [١٧١]

ولكن فلنرجع إلى الطفل ، فأي حق له أخلت به ولادته معاقا ؟ يجوز التفكير ، أولا ، في حق للشخص في أن يولد دون إعاقة . ولكن هذا الحق سيكون خاليا من المضمون ، لأن النمو البيولوجي الذي يحدد حالة المولود الجديد ، يفلت إلى حد بعيد ، من قدرة الإنسان . فالمجتمع لا يملك وسائل تحقيق الوصول لمثل هذا الحق[١٧٢]، فهو مكلف على الأكثر باستقبال المولود المعاق وتوفير حياة كريمة له .[١٧٣]

ومن ثم يطرح حق آخر : هو الحق في عدم الميلاد ، فإذا لم يكن ممكنا تجنب الإعاقة ، فهل للشخص حق في ألا يولد ؟ هل يجوز له المطالبة ، آخذا في الحسبان ظروف حياته ، باحترام مثل هذا

---

[171] Laurent AYNÈS : op. cit. n°18 p.495 .

[172] La société n'a pas les moyens d'assurer l'accomplissement d'un tel droit .

[173] Laurent AYNÈS : op. cit. n°18 p.495 .

الحق؟[١٧٤] الإجابة بالنفي بوضوح : فحياة الفرد ظرف يخرج بطبيعته عن سلطته ، فهي بالنسبة له مجرد عطية لا دخل له فيها ، ومن ثم فلا يجب أن تكون كاملة أو مثالية بالضرورة إذ أن ذلك مسألة تخضع للتقدير الشخصي . وهذه الملاحظة المبدئية – والتي تبدو بديهية – ليست خالية من المضمون بل وهامة لأنها تمنع من إنشاء حق للشخص في الميلاد ، أو حق في عدم الميلاد ، أو في الميلاد على نحو آخر[١٧٥] ،

---

[١٧٤] راجع في هذا المعنى :

Gérard MÉMETEAU, L'action de vie dommageable, JCP Éd. G. 2000, I, 279 , p.2279 .

ويشير البعض أن حكم الجمعية العمومية يتضمن اعترافا بالحق في عدم الميلاد : « في الحقيقة ، فعندما ارتكب الطبيب خطأه ، أصبح وضع الطفل الذي سيولد كالتالي : إما أن يولد معاقا لا محالة ، وإما ألا يولد ! وهكذا ، فقد ولد الطفل معاقا . وإذن ، وبمنتهى المنطق ، فإن الضرر الذي يتضرر منه هو أنه قد ولد . فالمصلحة التي أخل بها هي حرمانه ، بسبب خطأ الطبيب ، من «الحق» في عدم الميلاد ».

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

[175] un droit à la naissance , ou un droit à la non-naissance, ou un droit à une autre naissance .

راجع في هذا المعنى :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2310 .

كما يمكن إضافة حجة أخرى وهي أن اكتساب الحقوق بصفة عامة يفترض مسبقا وجود الشخص [١٧٦]، وهو ما لم يتحقق بالنسبة للجنين .

كما لا يكفي تأسيس دعوى المسئولية الخاصة بالطفل على الإخلال بحق الأم في ألا يكون لها أطفال : فعلى الرغم من استقرار القضاء على أنه من الممكن أن يكون الشخص مضرورا نتيجة لخطأ تعاقدي ارتُكب تجاه شخص آخر في عقد لم يكن هو طرفا فيه [١٧٧]، وأنه

---

[176] Laurent AYNÈS : op. cit. n°19 p.495 .

[١٧٧] « يجـوز للغـير بالنسـبة للعقد أن يستند للتنفيذ المعيب لهذا العقد إذا سبب له ضررا».

« que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve ». Cass. Civ I, 18 juillet 2000, Bull n° 221, N° 99-12-135 .

راجع نص الحكم بالكامل على موقع glose.org على شبكة الإنترنت .
http://glose.free.fr/Juris/759.html .

ويـزيد Denis MAZEAUD هذه النقطة إيضاحا عندما سأله المحرر عن سبب اسـتعمال المحكمـة في دعوى PERRUCHE للمادة ١١٦٥ من التقنين المدني الفرنسـي ؟ فيجيب بأن : « الأمر بسيط ! فقد أبرم عقد بين الطبيب وأم الطفل ، ونفـذ هـذا العقـد تنفيذا خاطئا ، وقد سبب هذا الإخلال بالتنفيذ ضررا للغير وهو الطفل . وهكذا ، فعندما يسبب الإخلال بالعقد الذي لا تكون طرفا فيه ضررا لك ، فلك الحق في أن تحتج بالعقد قبل المدين المخطئ ومباشرة دعوى المسئولية ضده . وعـندما تقوم بذلك فليس باعتبارك دائنا بالالتزام الذي لم ينفذ ولكن بصفتك شخصا مـن الغير مضرورا من عدم التنفيذ (ومن هنا جاء استعمال المادة ١١٦٥) ، وهو ما يفسر كيف تكون دعواك مؤسسة على النصوص المنظمة للمسئولية العقدية » =

من الممكن أن يصاب بضرر بطريق الارتداد نتيجة للضرر الذي لحق مباشرة بالمضرور ، ولكن سواء أكان الشخص مضرورا مباشرة أم بطريق الارتداد ، فلا يجوز له أن يكتفي بالاستناد للإخلال بحق للغير : فما يصيبه من ضرر لا يكون واجب التعويض إلا إذا أدى الخطأ إلى إخلال بحق خاص به هو زيادة على الإخلال بحق الغير .[١٧٨]

وهكذا ، فنظرا لأن الطفل المعاق ليس له الحق في أن يولد دون إعاقة ولا الحق في ألا يولد ، فإن إعاقته مهما بلغت جسامتها ، تفلت من المسئولية المدنية .[١٧٩]

= Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

ولمزيد من الإيضاح نشير إلى أن المادة ١١٦٥ من التقنين المدني الفرنسي تنص على أن : « الاتفاقات ليس لها أثر إلا فيما بين الأطراف المتعاقدين ، ولا يجوز لها أن تضر إطلاقا بالغير ، كما لا يجوز لهم الاستفادة منها إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ١١٢١ ». (أي حالة الاشتراط لمصلحة الغير) .

[178] Laurent AYNÈS : op. cit. n°20 p.495 .

[179] Laurent AYNÈS : op. cit. n°20 p.495 .

ونـــنوه هـــنا إلى أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض قد وافقت على قبول الادعاء المدني من الطفل المولود نتيجة اغتصاب أمه .

Cass. Crim. 4 février 1998 , Bull n°43 p. 109, JCP 1999, II , 10178 , note Isabelle Moine-Dupuis .

وتـــتلخص هـــذه الدعوى في أن أبا قد اغتصب ابنته فوضعت طفلة نتيجة لهـــذه الجريمة . وقد ادعت الأم مدنيا أمام محكمة الجنايات عن نفسها وبصفتها =

=نائـــبا قانونـــيا عـــن ابنتها القاصرة . فقضت محكمة الجنايات بعدم قبول الادعاء المدنـــي لـــلأم بصـــفتها نائبا عن الطفلة بسبب أن ''الطفلة لم تكن ضحية لجريمة الاغتصـــاب التـــي ارتكبـــت ضـــد الأم وأنهـــا لم يصبها أي ضرر ناتج عن هذه الجريمة''.

"l'enfant n'est pas la victime du crime de viol commis sur la personne de sa mère et qu'elle ne subit aucun préjudice découlant de cette infraction"

ولكـــن الدائرة الجنائية بمحكمة النقض قضت بنقض هذا الحكم استنادا للمادتين ٢ و ٣ مـــن تقنين الإجراءات الجنائية اللتين يستخلص منهما أنه يجوز لأقارب المجني علـــيه فـــي جريمة إثبات أن ضررا قد لحقهم شخصيا وأنه قد نتج من الوقائع التي كانت محلا للدعوى ، وقررت أن محكمة الجنايات تكون قد أنكرت هذا النص وهذا المـــبدأ عندما قضت بأن المجني عليها التي وقع عليها الاغتصاب هي وحدها التي لها الحق في مباشرة الدعوى المدنية تجاه الفاعل . وقد استدل المستشار SARGOS بهذا الحكم على أساس أنه لولا الجريمة (التي هي ركن الخطأ في الدعوى المدنية) لم يكن الطفل المضرور ليأتي إلى الحياة ، كما هو الحال في دعوى PERRUCHE لأنـــه لـــولا خطأ الطبيب والمعمل لم يكن الطفل ليولد . راجع رقم ٥٠ من تقرير SARGOS في دعوى PERRUCHE .

ولكن Laurent AYNÈS يرد على ذلك ، وبحق ، بأن حكم الدائرة الجنائية قـــد اقتصـــر على تأكيد أن الأم ، ضحية الاغتصاب ، ليست الشخص الوحيد الذي يجـــوز له مباشرة الدعوى المدنية ضد الجاني ؛ ولم يفصل في طبيعة الضرر الذي لحق بالطفل ، ولا شيء يقول أنه ضرر يتعلق بميلاده نفسه ؛ كما أن هذه المحاولة للتقريـــب بيـــن وضـــع الطفل المولود ، دون أية إعاقة ، من واقعة الاغتصاب ، ووضـــع الطفـــل المعاق يظهر حقا أن المسألة تتعلق ليس بتعويض عن الإعاقة ، ولكـــن عـــن الميلاد نفسه . راجع هامش ٣١ ص ٤٩٥ من مقاله السابق . =

ثانيا : تعذر تقدير ضرر الطفل على فرض وجوده :

كما ينبغي التنويه إلى الطرق المسدودة التي ستواجهها دعوى المسئولية المدنية الخاصة بتعويض الطفل ، فيثور التساؤل عن كيفية تقدير الضرر ؟ فالهدف من التعويض هو إعادة المضرور إلى الحالة التي يفترض أنه سيكون عليها إذا لم يتم الإخلال بحقه . وهنا يحق التساؤل : ما قيمة حياة الشخص معاقا بالمقارنة بعدم الحياة ؟ ومن ذا الذي عنده الجرأة على أن يفصل في ذلك ؟[١٨٠] ورغم أن البعض كانت عنده الجرأة للقول « بأن هناك ضرر أكبر في الحياة مع إعاقة جسيمة

- كما يرد François CHABAS أيضا على ذلك قائلا : أما فيما يتعلق بالطفل المولود من اغتصاب المحارم ، فهل ينبغي أيضا ، كما في الدعوى الحالية ، اللجوء إلى الخلط والقول بأنه : كما أن المعاق لا يتضرر من أنه قد ولد ، ولكن من ميلاده معاقا ، فإن الطفل غير الشرعي يعتبر واقعة ميلاده من اغتصاب المحارم كلا غير قابل للتجزئة ؟ الموقفان مختلفان جدا . في دعوى PERRUCHE ليس هناك سوى فعل مسبب واحد (وهي الأخطاء) التي أدت إلى الحياة ، دون أن تسبب الإعاقة . أما في دعوى اغتصاب المحارم ، فالفعل المسبب للضرر كان متكونا من عنصرين : الأول ، الفعل الجنسي الذي أعطى الحياة ؛ والآخر ، الخطأ المتمثل في ارتكاب زنا المحارم ، وهذا الأخير هو الذي سبب الضرر . فالأب قد سبب الحياة ، كما سبب الوضع الضار . أما في الحكم الحالي ، فلم يسبب المدعى عليهما سوى الحياة .

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2311 .

[180] Laurent AYNÈS : op. cit. n°21 p.495 .

جسدية أو عقلية أو هما معا من عدم الحياة »[١٨١]، إلا أن السير مع منطقه لابد أن يقود إلى إعطاء الطفل الحق في اختيار ما يفضله : الموت ، أم قيمة الموت ***la mort, ou la valeur de la mort*** ، إذا كانت هناك الجرأة على الذهاب إلى هذا الحد [١٨٢]، ومن ثم فقد حق للمحامي العام SAINTE-ROSE أن يتساءل في مرافعته الشفوية في دعوى PERRUCHE : « هل هناك استعداد ، سيرا مع هذا المنطق، للقبول بتحريض الطفل على وضع نهاية لحياته ، وهو ما يمثل التعويض العيني للضرر الذي لحقه ؟ وهل هناك استعداد لأن يعفى من المسئولية ذلك الشخص الذي ، يتسبب ، بقصد أم بغير قصد ، في موت طفل معاق بحجة أنه لم يلحق به أي ضرر ؟ »[١٨٣]

---

[181] *"qu'il y a plus d'inconvénient à vivre gravement diminué, physiquement et/ou intellectuellement, qu'à ne pas vivre"* P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 , RTD Civ. 1996 p. 623 .

[182] Laurent AYNÈS : op. cit. n°21 p.495 .

[١٨٣] أشار إلى هذه العبارة الواردة بالمرافعة الشفوية : Laurent AYNÈS هامش ٣٣ ص ٤٩٦ من مقاله السابق . كما أشار إليها :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2312 .

ويصف الأخير فكرة التعويض العيني هذه بأنها فكرة منفرة لدرجة أن المرء ينفر من التعبير عنها L'idée est si affreuse qu'on répugne à l'exprimer . ويبرهن على ذلك أن السيد المحامي العام SAINTE-ROSE الذي وجد هذه الحجة لم يدونها كتابة في مذكرة مرافعته ولم يفعل ذلك إلا بإشارة في الجلسة وبحياء محمود . ومن الواضح مدى اتزان هذه العبارة ورزانة كلماتها : لأن الأمر هو كذلك بدقة ، لا =

ثالثا : خطورة التقرير بوجود حق في عدم الميلاد :

كما يثور التساؤل أيضا : كيف سيتقرر للطفل حق لصيق بشخصه في عدم الميلاد ، بينما سيتولى شخص من الغير تحقيق احترامه (نائبه القانوني أي الوالدين أو أحدهما في الغالب) ؟ وكيف نتجنب عدم رضاء الطفل عن نظرة الغير في حين أن المعاناة التي يكابدها تخصه هو دون غيره ؟ وهكذا فإنه يتجرد حقا من هذا الحق المزعوم طالما أنه قد حرم من ممارسته بنفسه .[١٨٤]

ويخشى البعض من أن يؤدي تضخم الحقوق اللصيقة بالشخصية إلى تهديد الإنسان بالتدمير الذاتي [١٨٥]، فالدخول إلى دائرة منح الشخص

= أكـثر ولا أقـل ، ومن ثم يمكن القول أن هذا الحكم سيعطي حافزا لهؤلاء الذين يتسـاءلون عن معنى وقيمة حياتهم للمضي في التنفيذ بإنهاء حياتهم المعاقة ؛ كما يمكن أن يتذرع به المتهمون بالقتل بدافع الشفقة أمام القاضي الجنائي.

[184] Laurent AYNÈS : op. cit. n°21 p.496 .

[185] ***l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs*** **.** Jean HAUSER : Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 , p.871.

ولا يتردد البعض في هذا الشأن ليقرر في عنوان مقالته أن محكمة النقض قد خلقت حقا جديدا هو ***الحق في الموت*** :

Patrice Planté : Ils ont enfin créé un " droit à " leur image : ***Le Droit à la mort !***

على موقع :

SOS Action santé Europe (Union Européenne des professions liberals).

http://www.sos-action-sante.com/editoria/droimage.htm =

امتيازات قانونية مثل المطالبة بشخصية مختلفة ، أو مثل عدم الولادة ، لا يعد عبثيا من وجهة نظر الأنثروبولوجي (علم الإنسان) فقط ، ولكنه يفتح الطريق أيضا لانتقاء الكائنات البشرية ، على اعتبار أن بعضها لا يستحق الحياة ، ولا يهم كثيرا أن يكون مثل هذا الموقف نابعا من رغبة كريمة نحو المعاق نفسه ، فهل يتفق حقا مع كرامة الشخص الإنساني التفكير في أنه كان من الأفضل له ألا يوجد ؟ إن تحسين النسل والقتل بدافع الشفقة ***eugénisme et euthanasie*** هما ثمرة هذه النية الحسنة.

رابعا : هل يجوز لمحكمة الإحالة مخالفة حكم الجمعية العمومية بحجة التصدي لمسألة الضرر ؟

وقد دفعنا لطرح هذا التساؤل ما أبداه البعض من دعوة جريئة وغير مسبوقة – فيما نعلم – لمحكمة الإحالة إلى التمرد على حكم الجمعية العمومية مقررا أن القضية لم تنته ، لأن محكمة النقض عندما فصلت في رابطة السببية ، لم تقل شيئا بشأن وجود وطبيعة ونطاق

= وإن كان البعض – في معرض دفاعه عن حكم الجمعية العمومية – لا يرى غضاضة في ذلك ويرى أن : نظرية حقوق الشخصية مدعوة للتطور تحت ضغط تطورات العلوم البيولوجية والطبية ، فلا يجوز للقانون ألا يتوافق مع السيطرة المتزايدة للإنسان على الظاهرة الإنسانية . راجع :

Jean-Luc AUBERT : L'indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas du être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) : D. 2001 chron. P. 490 .

الضرر الذي لحق بالطفل وإذا لم يكن من الجائز لمحكمة الإحالة أن تقاوم أكثر في نطاق رابطة السببية احتراما للمادة ١٣١-٤ من تقنين التنظيم القضائي الفرنسي ، فإنها ستظل حرة في الحكم بعدم وجود ضرر واجب التعويض بالنسبة لشخص الطفل ، كما يجوز لها أيضا أن تستعمل سلطتها التقديرية بشأن إثبات هذا الضرر ، ويبدي أمله في أن تكون محكمة الإحالة واعية بخطورة حكمها ، وألا تحكم بأن الطفل المولود معاقا له الحق في الادعاء بالضرر لأنه لم يقضى عليه أثناء وجوده في رحم أمه .[١٨٦]

ومن ناحيتنا فإننا لا نؤيد الفقيه الكبير فيما ذهب إليه في هذه النقطة ، ليس بسبب دعوته الجريئة لمحكمة الإحالة للتمرد على حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض على خلاف القانون ، ولكن لأن ما يقرره هنا لا يخلو – في رأينا – من مصادرة على المطلوب ، إذ أن قضاء الجمعية العمومية بوجود علاقة السببية بين الخطأ الطبي وضرر الطفل (الذي رأت أنه يتمثل في إعاقته) ، ***يتضمن بالضرورة أنها قد قضت بوجود هذا الضرر وثبوته وإلا لما طرحت مسألة علاقة السببية بينه وبين الأخطاء الثابتة في الدعوى*** ، فغني عن البيان أن دعوى المسئولية لا تطرح على بساط البحث إلا إذا كان هناك ضرر وبعد ذلك يتم البحث عن الخطأ وعلاقة السببية ، وبمعنى آخر ، أنه إذا كان من المتصور أن تنتهي الدعوى إلى انتفاء المسئولية المدنية لعدم توافر

---

186 Laurent AYNÈS : op. cit. n°23 p.496 .

الخطأ أو لعدم توافر علاقة السببية رغم وجود الضرر ، فإنه لا يتصور إطلاقا أن تنتهي الدعوى إلى انتفاء المسئولية المدنية لعدم وجود الضرر رغم توافر الخطأ وعلاقة السببية سيرا مع منطق الفقيه الكبير .[١٨٧]

خامسا : لا تناقض في تعويض ضرر الوالدين دون تعويض الطفل :

وأخيرا فقد قدم البعض حجة قوية لصالح تعويض ضرر الطفل وهـــي أنـــه : إذا كـــان الوالدان قد تم تعويضهما على الرغم من أنهما مضروران بالارتداد par ricochet ، فهل يتصور ألا يعوض الطفل ، وهو المضرور المباشر ؟ [١٨٨]

---

[١٨٧] راجع أيضا في وجوب التزام محكمة الإحالة بقضاء الجمعية العمومية :
Pierre-Yves GAUTIER : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287, n°2 p.67.
فيرى أنه وقد أقرت الجمعية العمومية بوجوب تعويض هذا الضرر وبعلاقة السببية بيـــنه وبين الفعل الخاطئ ، فلن يكون لدى محكمة الإحالة سوى أن تأخذ بما قررته مـــن الناحية القانونية ، دون أن تتمتع بهامش كاف من حرية التصرف لكي ترفض الانصـــياع له ، ما لم تجازف بتعريض حكمها للبطلان بسبب التعسف في السلطة وفقا للمادة L.131-4, al. 2 من تقنين التنظيم القضائي ، وإن كان يعترف ، وعلى العكـــس ، بـــأن قضاة الموضوع قد احتفظوا في دعاوى أخرى بكامل حريتهم في مخالفـــة هـــذا القضاء ، ويتساءل : ولكن لماذا يتمردون ؟ ربما لقناعتهم الشخصية وربمـــا أيضـــا بدافع من رد الفعل القوي من جانب الفقه الذي لم يقتنع بمنطق حكم ٢٧ نوفمـــبر ٢٠٠٠ والـــذي أخفق فيما يبدو في تحقيق إحدى مهام القاضي : أي الإقناع والتبرير وتكوين العقيدة .

[188] G. VINEY : Obs. Sous CE 14 février 1997 , JCP G. 1997 ,I, 4025 . =

ويمكن الإجابة على هذه الحجة من ناحيتين : [189]

الأولـــى : مـــن الخطـــأ الاعتقاد بأن تعويض الضرر المرتد يفترض تعويـــض الضرر المباشر : فمحكمة النقض الفرنسية تعوض عن عدد كبـــير مـــن الأضــــرار المرتدة التي تنجم عن موت المضرور المباشر ولكـــنها لـــم توافـــق على أنه يجوز لورثته المطالبة ، باسم المضرور المباشـــر ، بالتعويض عن الضرر الذي سببه له موته . فيجوز إذن أن يكون هناك مضرور بطريق الارتداد عن ضرر مباشر لم يعوض .

والثانـــية : أن الوضع الوحيد الذي تسبب فيه المدعى عليهم هو الحياة ولـــيس الإعاقة . ومن ثم يتضرر الوالدان من حرمانهما من الحق في تقريـــر مـــا إذا كـــان مـــن الواجب أن يأتي الطفل إلى الحياة أم لا . فضررهما كان خاصا بهما إذن وليس ضررا مرتدا ، حتى ولو كان قد

= ومن نافلة القول أن الضرر المرتد هو الضرر الذي أصاب طالب التعويض نتيجة لضرر أصاب شخصا آخر ولكنه ارتد على طالب التعويض وأصابه بدوره بضرر شخصي له . فالضرر الذي أصاب الأول ويسمى الضرر الأصلي انعكس وارتد على شخص آخر وأصابه بالضرر ولهذا يسمى بالضرر المرتد . حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، المجلد الثاني : المصادر غير الإرادية ، بدون دار نشر ، ١٩٩٨ فقرة ٦٣ ص ٨١ .

[189] François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2310 .

اتســـع بطـــريقة غير مباشرة لأضرار سببتها لهما حياة الطفل ، ولكنها كانت نتيجة للاعتداء على حقهما وليس على حق للطفل .

الفرع الرابع

خلاصة : شبه إجماع من الفقه الفرنسي على رفض حكم PERRUCHE

لقد عبر جمهور الفقه الفرنسي الرافض للحكم عن رأيه في المقال الذي نشر باختصار في صحيفة Le Monde في ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٠ ، مصحوبا بتوقيعات جشد من الأساتذة والباحثين بكليات الحقوق الفرنسية [١٩٠]، وأعيد نشره ببعض التفصيل بإحدى الدوريات القانونية[١٩١]، ورغم أننا قد تناولنا معظم النقاط التي تضمنها هذا المقال

[190] Beignier (Toulouse I) ,Florence Bellivier (Paris XIII), Laurence Brunet (Paris I) , Catherine Caille (Tours) , Guillaume Canselier (Paris I) , Christian Debouy (Poitiers), Francoise Dekeuwer-Defossez (Lille II), Dominique Fenouillet (Paris XI), Jean-Françoise Flauss (Strasbourg III), Jean-Baptiste Geffroy (Poitiers), Jean Hauser (Bordeaux I), Marie-Angèle Hermitte (CNRS-EHESS), Yvonne Lambert-Faivre (Lyon III), Brigitte Le Mintier (Rennes), Anne-Marie Le Pourhiet (Rennes), Ferdinand Mélin-Soucramanien (Bordeaux I), Gérard Mémeteau (Poitiers), Pierre Murat (Grenoble II), Claire Neirinck (Toulouse I), Christine Noiville (CNRS-Paris I), Etienne Picard (Paris I), Jean Pradel (Poitiers), Guy Raymond (Poitiers), Thierry Revet (Toulouse I), Frédéric Sudre (Montpellier I), Daniel Vigneau (Toulouse I) .

[191] Catherine LABRUSSE-RIOU et Bertrand MATHIEU : La vie humaine peut-elle être un préjudice ? D. 2000 , n°44 , Point de vue .

وسوف نعتمد في هذا الفرع على نص المقال الوارد بهذا الهامش والمنشور في DALLOZ وليس على ذلك المنشور بصحيفة Le Monde ، ونظرا لطبيعة هذا الفرع كملخص لما تناولناه سابقا في مواضع متنوعة فإننا لن نكون بحاجة إلى إشارات تفصيلية فيه ونكتفي بهذه الإشارة وبما أوردناه من إشارات مختلفة خلال هذه الدراسة .

إلا أنــنا لا نرى في ذلك تكرارا بل إيجازا مفيدا ، خاصة وأنه منسوب لجمهرة من الفقهاء الفرنسيين ، وهو ما يؤكد قوة الاتجاه الرافض لحكم PERRUCHE .

ويوجــز عنوان المقال المسألة إيجازا دقيقا في السؤال التالي : هــل يمكــن أن تكــون الحياة الإنسانية ضررا ؟ هذا هو السؤال الذي طــرحه حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الصادر في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ .

وقــد طالــب الطفل في هذه الدعوى ، ممثلا بوالديه ، بتقرير مسئولية الطبيب بسبب ميلاده معاقا إعاقة جسيمة ، حيث أدى الخطأ في التشــخيص الذي تم قبل الولادة للمرض الذي أصيبت أمه بعدواه خلال حملهــا ، إلى جعلها في وضع لا يمكنها معه اتخاذ قرارها بحرية بشأن إســقاط حملهــا ، ومن المؤكد أن أذى كبيرا قد لحق بالوالدين والطفل نفسه ، وبصفة خاصة في مجتمع قليل التحمل والتضامن بما يكفي تجاه أفــراده الأكــثر ضعفا . فكيف يتعين أن يأخذ القانون في الاعتبار هذا الأذى ؟

يلاحــظ أنــه إذا كــان القضاء قد وافق على تعويض الضرر الشخصي الذي لحق بالوالدين ، وأنه قد منح هؤلاء الذين يتولون رعاية المعــاق وسائل رعايته طيلة حياته ، فقد ثار الخلاف بشدة على العكس

حول الموافقة على استحقاق الطفل نفسه للتعويض بسبب الإعاقة الناتجة عن الطبيعة وليس عن الخطأ الطبي كما فعل هذا الحكم .

ولما كانت العدالة شيئا متميزا عن الشفقة أو الرحمة ، كما أن طـــريق المسئولية المدنية يختلف عن طريق المساعدة الاجتماعية [١٩٢]، فإن الحكم عندما خلط بين النطاقين ، قد جعل من الحياة الإنسانية نفسها بمثابة ضرر واجب التعويض وهو ما يعني ، بمفهوم المخالفة ، أنه كان مـــن الواجـــب ألا يولد هذا الكائن البشري المعاق . وإذا كان هذا الحل

---

[١٩٢] ويحضـــرنا في هذه المناسبة مسألة في غاية الدقة ، من مسائل فلسفة المسئولية المدنية ، وهي مسألة وظائف المسئولية المدنية ، والتي يتناولها الفقيه الكبير André TUNC في دراسته الفلسفية الرائعة عن المسئولية المدنية :

André TUNC : La responsabilité civile , ECONOMICA, 2e édition 1990 , p. 133 et s.

والتي يختتم الحديث فيها بوظيفة في غاية الدقة وهي : ضمان حقوق المواطنين .

Garantie des droits des citoyens , p. 149 et s.

ويتســاءل بهـــذه المناســـبة : أنه من المؤكد أن قانون المسئولية قد بدأ في تجاوز المســئولية على أساس الخطأ من الناحيتين الواقعية والقانونية : فإلى أين مدى سيتم الســـير في هذا الطريق ؟ هل يتصور أن يتم السير في هذا الطريق إلى حد ضمان المواطنين في سلامتهم الشخصية وفي أموالهم وفي حقوقهم ؟ والحقيقة أنه لا يمكن التســليم بــأن المســئولية المدنــية ســوف تلتزم هذا الطريق . وراجع أيضا في المحاولات الفقهية لتأصيل هذه الوظيفة للمسئولية المدنية ، ذات المرجع ص ١٥٠ وما بعدها .

جائـــزا ربما بمنطق السيطرة العلمية على الحياة [١٩٣]، والتي تهدف إلى «إنـــتاج» كائـــنات بشرية وفقا لنموذج بيولوجي افتراضي [١٩٤]، وذلك بهدف تجنب المعاناة الإنسانية ، إلا أن هذا الأمر يتضمن تدرجا معتبرا لصورة الشخص الإنساني الذي يفترض احترام كرامته عدم التمييز بين حـــياة جديـــرة بالبقاء وأخرى يجب التخلي عنها ، وهو مالا يسمح به القانون المدني ولا الاحترام المكفول للحقوق الأساسية المحمية دستوريا.

إن تعويض الشخص المعاق ، لميلاده على هذا النحو ، يكرس تحســـين النســـل أو يـــؤدي إليه بالضرورة . ولا يسع رجال القانون المهـــتمون بالوظـــيفة الأنثروبولوجـــية والأخلاقـــية للقانون ، إلا أن يـــتجاوبوا وأن يـــتوجهوا بـــالدعوة للمشرع من أجل إعادة النظر في مجموع المشكلة المطروحة وذلك بالتحمل بمسئولية رعاية المعاقين ، وبوضع الجزاء المناسب على الأخطاء التي ترتكب عند ممارسة الطب الحيوي [١٩٥] على الإنسان .

ويلاحظ في نطاق القانون المدني ، أن الحكم لا يتجاوب مع مقتضيات قانون المسئولية ، ولا مع مقتضيات المنطق القانوني :

---

[193] La mâitrise scientifique du vivant .

[194] « produire » des êtres humains conformes à une hypothétique norme biologique .

[195] biomedical .

فالمسئولية تفترض إثبات علاقة السببية بين الفعل الخاطئ المرتكب والضرر الذي لحق بالغير ، أما في هذا الحكم ، فلمَ يكن الطبيب ولا المعمل سببا في إعاقة الطفل ، ولكن هذه الإعاقة نتجت عن المرض الذي انتقل إليه بواسطة أمه . ***فالمسئولية تجازي فعل الإنسان، وليس فعل الطبيعة عندما يخرج عن قدرته*** [١٩٦]، وإلا ، فلن يعود لكلمة المسئولية أي معنى .

وعلاوة على ذلك ، فإن ضرر الطفل هنا المتمثل في أنه قد ولد في حالة مؤلمة هو ضرر غير قابل للتقدير ؛ إذ ينبغي حقا لتقييمه مقارنة الوجود بالعدم [١٩٧]، وهو ما يتعذر تحقيقه لكونه غير متصور : فما هي مقاييس أو معايير الجودة ***norms de qualité*** التي سيتم وفقا لها اعتبار أنواع الإعاقة المختلفة أو الظروف الخاصة بكل إنسان بمثابة أضرار قابلة للتعويض ؟ ومن ذا الذي سيحدد هذه المعايير؟

فالطفل ليس له حق تجاه الطبيب ولا تجاه أمه في ألا يولد . ولا يجوز أن تكون الحياة ، ولو بالنسبة للشخص نفسه ، محلا للحق في « الموت بدافع الشفقة قبل الولادة » [١٩٨] ، والذي يلغي بوضوح هذا الحق نفسه لكونه يلغي الشخص ذاته . وهكذا يسير الأمر مخالفا لأي

---

[196] La responsabilité sanctionne le fait de l'homme , non le fait de la nature lorsqu'il échappe à son pouvoir .

[197] comparer l'être au non être .

[198] un droit à « l'euthanasie prénatale » .

منطق ، بحيث تنبغي الموافقة أيضا على أن الخطأ في اتجاهه العكسي ، أي ذلك الذي يدفع الأم إلى إجهاض طفل سوي ، يقتضي تعويض الطفل نفسه عن ضرر أنه لم يولد ولم يكتسب صفة شخص الحق ؛ وهو وضع جديد سيؤدي إلى إحجام الأطباء والذين يفضلون بالتأكيد ، إجهاض الأجنة السوية في حالة الشك أو الاحتمالات الطفيفة .

إن جعل « **الحياة السوية la vie normale** » محلا لحق ، وذلك عن طريق التعويض عن « **الحياة غير السوية la vie anormale** » ، يورطنا في مسار يتعين فيه احترام واجب الميلاد السوي [١٩٩] لكل كائن بشري أيا كانت ظروفه الجسدية أو النفسية ، في حين أن من الأضرار ما ليس واجب التعويض قانونا وفقا للقانون المدني .

وهكذا ، يطرح الموضوع نظام الحقوق الأساسية وهو ما يتعلق بمجموع المواطنين : فالحكم يقود في الحقيقة إلى الاعتراف بأن الحياة ، في بعض الظروف ، يمكن أن تكون ضررا بالنسبة لذلك الذي فرض عليه أن يوجد وكذلك بالنسبة للغير وللمجتمع بصفة عامة . ***وهكذا يسود الاتجاه إلى تصور الكائن الإنساني باعتباره المنتج - الناجح أو الفاشل - للقدرة الطبية*** [٢٠٠]. وهو التصور الذي يتصادم بوضوح مع مبدأ

---

[199] le devoir de naître normal .

[200] L'être humain tend à être conçu comme le produit, réussi ou raté, du pouvoir medical .

الكرامة الإنسانية ، وهو ليس مجرد مبدأ فلسفي أو أخلاقي فقط ولكنه مبدأ قانوني أيضا ، وهو المبدأ الذي يفرض الاعتراف لكل إنسان بالمساواة في الانتساب للإنسانية . وهكذا وكما عبر عن ذلك الدستور بوضوح ، توجد رابطة أساسية تجمع بين مبدأ الكرامة الإنسانية وبين مبدأ عدم التمييز بين بني الإنسان الذي يفترض القيمة المتساوية لكل كائن بشري . وهكذا فإن فكرة الحياة الضارة « la vie préjudiciable » غير مقبولة ليس فقط لأنها تمثل اعتداء على المبادئ التي يرتكز عليها النظام القانوني والاجتماعي ، ولكن أيضا بسبب التداعيات التي يمكن أن تنتج عنها على النحو التالي :

أولا : إذا تمت الموافقة على أنه يجوز للطفل الذي ولد أن يطالب بمسئولية الطبيب (أو المعمل) الذي أخطأ في تقييم حالته البيولوجية قبل الميلاد ، فسيكون الباب مفتوحا يوما ما ، للموافقة على أن ذات الطفل يجوز له أن يعقد مسئولية والديه عن الخطأ المتمثل في أنهما لم يتحققا من الجودة الجينية لذريتهما [٢٠١]، أو لعدم لجوئهما إلى الإجهاض في حالة الاكتشاف المبكر للخلل في الحالة الجينية أو الجسدية للطفل .

ثانيا : أن الاعتراف بأن ميلاد طفل معاق يعد مصدرا لمسئولية الفاعلين المباشرين أو غير المباشرين لميلاده ، يعدل بعمق مفهوم الحق في الإجهاض : فقد تقررت رخصة إسقاط الحمل لحماية الحرية

---

[201] la qualité génétique de leur progéniture .

الشخصية للمرأة التي لا تطيقه أو لأن الجنين قد لحقت به إعاقة جسيمة مستعصية على الشفاء . وهو ما أكد عليه المجلس الدستوري في ١٩٧٥ عندما قرر أن اختيار الأم لا يمكن أن يتحول إلى إكراه لها . وهي تتمتع بهذه الحرية طيلة حملها أيا كانت النية التي أعلنت عنها سابقا . أما آلية المسئولية فتتضمن ضرورة أن تقرر الأم الإجهاض إذا أسفر التشخيص عن وجود إعاقة جسيمة لدى الجنين . ومن هنا ستدفع آلية المسئولية النساء إلى قبول إسقاط حملهن من أجل الهروب من اللوم أو الاستنكار الاجتماعي ، بل ومن أجل الهروب من التقرير المحتمل لمسئوليتهن في المستقبل . فهل يمكن القول بعد ذلك بأن الأمر يتعلق بحرية للمرأة ؟ إن هذا الطريق سيؤدي - خاصة مع عدم تجريم الإجهاض جزئيا بغرض حماية استقلال المرأة - إلى تشجيع الإجهاض بهدف تحسين النسل . وفي الحقيقة فإن تحسين النسل هو حقا ما ينبغي الحديث عنه هنا ، فعلى الرغم من حظر تحسين النسل قانونا ، فإنه مع ذلك يقود الآن إلى تنظيم اكتشاف مبكر عام للعيوب الجينية الأكثر جسامة ؛ كما سيقود غدا إلى اختيار ***أفضل الأطفال*** ***les meilleurs enfants*** وفقا للمعايير الفردية والاجتماعية السائدة في هذا الوقت . فعلينا من باب الحرص ، قبل أن ندين تحسين النسل وأنصاره رسميا ، التحقق من أن قانوننا لا يسمح بتحقيقه من الناحية العملية .

كيف يمكن أن يكون للحياة أي معنى إذا اعتبرها القانون نفسه ضارة ؟ إن احترام كرامة الأطفال والكبار المعاقين تستدعي تضامن

المجتمع سواء في الاعتراف بوضعهم كأشخاص أم بشأن ظروف حياتهم المادية . ***إن حكم محكمة النقض يخاطب ، تحت ستار التعويض، مجتمعا ، يميز وينبذ ، في حين أنه كان ينبغي أكثر من ذي قبل أن يخاطب مجتمعا يستقبل ويساعد ويوفر الوسائل لذلك*** [٢٠٢]. إن احترام الكرامة الإنسانية يفرض عدم التمييز بين البشر وفقا لحالتهم البيولوجية ؛ كما أن واجب التضامن الاجتماعي يبرر نوعا من التمييز الإيجابي لصالح الأشخاص الأكثر حرمانا ؛ كما ينبغي أن عدم الخلط بين الأمور وذلك بالتمييز بين وظائف القانون المدني والقانون الاجتماعي وإلا أدى الخلط بينهما إلى نتائج تتسم بالحماقة .

كما ينبغي التنويه إلى أن مثل هذا الحكم يجب أن يعد دعوة للمشرع إلى أن يكف عن سن مبادئ لا يتبصر بنتائجها القانونية الملموسة بل تكون ، وهو الأسوأ ، متعارضة مع التشريعات التي أصدرها . وطالما أن مراجعة التشريعات في هذه المسألة مطروحة اليوم ، فقد حان الوقت للنص على بعض الإجراءات الملموسة التي تسمح بقطع الطريق على هذه الانحرافات : وذلك على سبيل المثال ، بالنص على عدم قبول دعاوى جهات التأمين الاجتماعي التي تنضم للوالدين من أجل الحصول على تعويض عن هذا الطفل كثير التكاليف ، وبالنص على الإجراءات التي تسمح بتوقيع الجزاء على الأخطاء التي

---

[202] une société qui , sous couverte d'indemniser , discrimine et rejette , alors qu'il faut plus que jamais apporter celui d' une société qui accueille , aide et se donne les moyens de faire .

ترتكب في ممارسة طب التشخيص المبكر عندما تؤدي هذه الأخطاء إلى ميلاد طفل معاق إعاقة جسيمة أو إلى إسقاط طفل سوي ، مع تخصيص عائد هذه الجزاءات لتمويل صناديق التضامن بدلا من خصخصة ثمن الحياة الإنسانية ، وتحديد شروط تطبيق إسقاط الحمل على نحو لا يشجع سياسة للصحة العامة تستهدف القضاء على المرضى وليس الأمراض ، وضمان تخصيص المبالغ المتلقاة لصالح رعاية الطفل دون غيرها . ***وهذه كلها أشياء لا يستطيع القضاء القيام بها ولكن يجب على المجتمع أن يقوم بها بواسطة ممثليه من أجل أن تسير العدالة والرحمة جنبا إلى جنب ، كل في طريقها ، ودون أن تتعارضا .***

المطلب الثاني

رأي الفقه المؤيد لحكم PERRUCHE

يعتبر الفقيه الفرنسي الكبير Patrice JOURDAIN بلا منازع قائد الاتجاه – قليل الأنصار – المؤيد لاتجاه الجمعية العمومية لمحكمة النقض [٢٠٣]، ويبدأ تأييده لهذا الحكم مستخدما عبارات هجومية ندر أن نصادفها في الفقه الفرنسي ، فيذكر أن « حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الصادر في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ قد أثار ردود أفعال عدائية من كل الاتجاهات : وهكذا نشر الأطباء ورجال القانون ومسئولو الجمعيات، في الصحف وعلى الموجات ، إعلانات حاسمة ***من أجل استمطار اللعنات على الحكم*** [٢٠٤] وتدارك عواقبه المحتملة . ***وقد أخذت الحجج القانونية موضعها في الغالب لتحل محلها الخطب الأخلاقية المليئة بالسفسطة والتي لا تخلو من الغوغائية*** [٢٠٥]».

---

[203] Patrice JOURDAIN : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 336 .

ونشير إلى أن ما سوف نذكره في هذا المطلب من أسانيد مؤيدة لحكم الجمعية العمومية ورد على ما وجه له من انتقاد يعد منسوبا إلى الفقيه المذكور في تعليقه هذا ما لم نورد إشارة مغايرة . وراجع تعليقا آخر له على ذات الحكم :

Patrice JOURDAIN : Obs. sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, RTD. Civ. (1) 2001 p. 149 .

[204] ***pour jeter l'anathème sur l'arrêt .***

[205] ***Les arguments juridiques cèdent souvent la place à une discours moralisateur rempli de sophismes et non exempt de démagogie .*** =

ويردف بأنه لا يفهم الأسباب وراء هذه الحملة ضد حكم اقتصر على الموافقة على مبدأ تعويض الطفل المولود معاقا على أثر الأخطاء الطبية . لأن الحل الذي أخذت به محكمة النقض ، وعلى فرض أنه سيئ ، لا يبدو له على أي حال مبررا لإعلان العصيان أو الاحتجاج العام [٢٠٦] على هذا النحو . ويستطرد : « وفي مواجهة تدفق الانتقادات، المتجاوزة في الغالب ، التي كان الحكم هدفا لها ، فإن كاتب هذه السطور ، والذي وافق في حينه على الموقف المماثل الذي اتخذته

= ولا يخلو ما قرره هنا أيضا من مبالغة فرغم صدور العديد من البيانات من نقابات وجمعيات وغيرها بخصوص هذا الحكم ، إلا أننا لم نلاحظ من مطالعتنا لبعضها أنها خرجت عن اللياقة في نقدها لحكم الجمعية العمومية ، وعلى سبيل المثال يبدأ البيان الصحفي الصادر من تجمع أطباء النساء والولادة الناطقين بالفرنسية في بلجيكا بالتأكيد على أن المحكمة قد أسست حكمها على الاحترام الفعال للأشخاص المعاقين : إذ أن تعويض هذا الطفل يستهدف السماح له بأن يعيش في ظروف تتفق مع كرامته الإنسانية .

Certes, pour la Cour de Cassation, l'Arrêt « Perruche » est fondé sur le respect effectif de la personne handicapée : « L'indemnisation de cet enfant est destinée à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à sa dignité humaine. ». Communiqué du Groupement des Gynécologues Obstétriciens de Langue Française de Belgique (G.G.O.L.F.B.), à la presse, relativement à l'Arrêt « Perruche » .

راجع البيان المذكور على موقع wanadoo الطبي على شبكة الإنترنت :

http://web.wanadoo.be/ggolfb/com_press_ggolfb_05122001.htm

[206] levée de boucliers .

الدائرة المدنية الأولى في حكميها الصادرين في ٢٦ مارس ١٩٩٦ [٢٠٧]، أراد أن يعبر عن دعمه للموقف الشجاع الذي اتخذته الجمعية العمومية».

ويبادر الفقيه في دفاعه عن حكم الجمعية العمومية باستبعاد بعض الحجج التي يرى أنها لا تستحق مناقشة عميقة ومن ذلك مثلا ما قيل من أن تعويض الطفل يتضمن اعترافا للجنين بالمركز القانوني للشخص الإنساني أو ، على الأقل ، أنه يحث المشرع على الاعتراف له بذلك . وهو ما يعني تشبيه الإسقاط الإرادي للحمل بقدر ما بالقتل بدافع الشفقة قبل الولادة والذي لا يسمح به القانون . ويرد على ذلك بأن مركز الجنين يقع خارج المسألة تماما لأن الضرر لا يظهر إلا عند الميلاد ولا يؤثر إلا على الطفل الذي ولد . ومن ثم فإن المسألة لا يمكن أن تكون مسألة قتل بدافع الشفقة قبل الولادة ، والذي لا يخالف القانون على أي حال طالما أنه يسمح بالإجهاض العلاجي .[٢٠٨]

---

[٢٠٧] يذكرنا الفقيه هنا بتعليقه السابق المؤيد لحكمي النقض الصادرين في التاريخ المذكور :

P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 , RTD Civ. 1996 p. 623 .

[208] Patrice JOURDAIN : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 336 .

وبمناسبة الحديث عن حماية حياة الجنين ، فلا يفوتنا أن نذكر حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٩ يونية ٢٠٠١ والذي قضت فيه بأن الإجهاض غير العمدي للجنين لا يدخل تحت نص المادة ٢٢١-٦ من تقنين =

ثم ينتقل إلى الرد على الانتقادات الموجهة للحكم والتي رآها جادة لأنها تمس شروط المسئولية المدنية :

أولا : الرد على النقد الموجه للحكم بشأن رابطة السببية : [٢٠٩]

لقد وجه النقد للحكم لأنه لا توجد أية علاقة سببية بين الأخطاء المرتكبة وضرر الطفل ، لأن السبب الحقيقي للإعاقة كان هو الحصبة الألمانية التي انتقلت للأم . ولا ينكر الفقيه أن مرض الأم كان سببا (بيولوجيا) للإعاقة ، ولكن ذلك لا يستبعد أن أسبابا أخرى قد تمكنت من المشاركة في إحداث الضرر ومن بينها الأخطاء الطبية . فطالما أنه من الثابت أنه ، ***بدون هذه الأخطاء ، كان من الممكن تجنب الإعاقة*** [٢١٠]، فإنها تعد بالتأكيد أسبابا للضرر بالمعنى الذي تتضمنه نظرية تعادل الأسباب التي تبناها القضاء الفرنسي على نحو واسع . وهذه هي الحالة في موضوع الدعوى : إذ كان ثابتا أن الأم كانت قد قررت اللجوء إلى إسقاط الحمل في حالة ثبوت إصابتها بالحصبة الألمانية وأن الطبيب

=العقوبات الفرنسي التي تجرم القتل الخطأ وذلك احتراما لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وقاعدة التفسير الضيق للنصوص العقابية وأن حمايته الجنائية تتم وفقا لنصوص جنائية خاصة .

Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 , JCP 2001, n° 29, II, 10564, p.1452 : Rapport Pierre Sargos p.1432 ; Conclusions Jerry SAINTE-ROSE p. 1444 ; Note Michèle-Laure Rassat p.1452 .

[209] Patrice JOURDAIN : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 337.

[210] ***Sans ces fautes , le handicap aurait pu être évité .***

ومعمل التحاليل الطبية قد ارتكبا أخطاء ولم يقوما بإعلامها بشأن هذا الخطر ودفعاها للاعتقاد بمناعتها ضده .

ويضيف أن إنكار وجود رابطة السببية بين هذه الأخطاء وضرر الطفل يستند إلى أن سبب الضرر وهو الحصبة الألمانية كان موجودا في لحظة ارتكاب الأخطاء ، وهو ما يعني – في نظره – المنازعة في إمكانية أن يسبب الخطأ بالامتناع ضررا وذلك في حالة عدم منع الضرر أو عدم السماح بمنع الضرر الذي كان ممن الممكن تجنبه . وهو ما لا نزاع فيه حاليا طالما أن الأمر قد استقر على أن الخطأ بالامتناع [٢١١] يجوز أن يكون مصدرا للمسئولية . وهنا تبدو الأخطاء الطبية المطروحة في الدعوى حقا كشروط ضرورية لوقوع ضرر الطفل طالما ، أنها قد « منعت » الأم من « مباشرة خيارها في إسقاط حملها بغرض تجنب ميلاد طفل مصاب بالإعاقة » ، كما لاحظت ذلك محكمة النقض .

وقد يعاب على ذلك بأن القرار الذي ستتخذه الأم لو كانت قد أعلمت بالمخاطر بدقة ليس متيقنا على الإطلاق . ولكنه يرد بأن التيقن من رابطة السببية ، وكذلك من الضرر ، من أجل قيام المسئولية المدنية ، هو مسألة نسبية في الغالب ، وأن عدم استطاعة التيقن على نحو مطلق بشأن السببية لا يمنع القاضي من أن يفصل في وجودها مكتفيا بدرجة عالية من الاحتمال . وهو ما اتبعه القضاء الفرنسي عندما

---

[211] la faute d'abstention .

قضى بتعويض ضحايا التلوث بفيروس الإيدز والالتهاب الكبدي C في قضايا تلوث الدم على أساس مؤشرات وقرائن [٢١٢]. ومن ناحية أخرى ،

---

[٢١٢] راجع في تساهل القضاء الفرنسي في إثبات رابطة السببية في المسئولية الطبية:

Jean PENNEAU : Médecine , DALLOZ ENCYCLOPÉDIE , CIVIL, n°666 p.49 .

ونشير بصفة خاصة إلى أن القضاء الفرنسي قد وضع – متأثرا في ذلك بالمأساة التي أحدثها انتشار مرض الإيدز – قرينة على أن العدوى تنسب إلى واقعة نقل الدم ، سواء تعلق الأمر بالدم الطبيعي أو مشتقاته الصناعية ، وعلى المضرور إثبات أن واقعة نقل الدم قد حدثت في الفترة من ١٩٨٠ إلى عام ١٩٨٥ وهي فترة انتشار العدوى حتى يحكم له بالتعويض ، بناء على توافر علاقة السببية بين واقعة نقل الدم وحدوث العدوى .... كذلك قبل القضاء بافتراض علاقة سببية بين العدوى بفيروس VHC المسبب لالتهاب الكبد الوبائي وواقعة نقل الدم . أحمد السعيد الزقرد : تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملوث، مجلة المحامي (الكويت) السنة التاسعة عشرة /يناير/فبراير/مارس ١٩٩٥ ، فقرة ٦٠ ص ٦٩ وفقرة ٦١ ص ٧١ . وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي بالقانون رقم ١٤٠٦ لسنة ١٩٩١ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٩١ والخاص بتعويض ضحايا التلوث بفيروس الإيدز نتيجة لنقل الدم بناء على توصية طبية . راجع في هذا القانون تفصيلا :

Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET : Droit de la responsabilité , *DALLOZ* , 1996 , n°4002 et s. p. 820 et s.

ويلاحظ أن هذا القانون لا يسري سوى على العدوى بفيروس الإيدز فلا يسري على العدوى بفيروس التهاب الكبد الوبائي . ذات المرجع فقرة ٤٠٠٤ ، وقد وضعت المادة ٤٧ من القانون ، لصالح الضحايا ، نوعا من القرينة البسيطة على رابطة السببية بين الإصابة بفيروس الإيدز وبين نقل الدم أو الحقن ، ويقع عبء=

وفي موضوع الدعوى ، فلم يكن هناك أي شك جدي في أن الأم كانت ستتراجع عن قرارها الذي اتخذته باللجوء لإجهاض الحمل في حالة ما إذا كان الاختبار إيجابيا . وأخيرا ، وحتى لو وجد شك إلى درجة كبيرة بشأن خيار الأم (على سبيل المثال إذا لم تكن قد أعلنت مقدما عن نواياها) ، فإنه من الممكن اللجوء على الأقل إلى التعويض عن فوات الفرصة : أي فوات فرصة الطفل في أن يرى أمه تلجأ إلى الإجهاض وهو ما أخذت به محكمة النقض [٢١٣]. وهو ضرر سببته الأخطاء الطبية دون جدال .

= إثبات العكس ، أي أن التلوث قد تم بطرق أخرى ، على صندوق التعويضات . وعندما لا تكون رابطة السببية واضحة ، بالنسبة لعملية نقل الدم محددة ، فإن الصندوق يكون عقيدته انطلاقا من عناصر مختلفة مثل المعلومات التي يدلي بها الضحية وعلى وجه الخصوص نتائج التحقيقات التي يجريها الصندوق بنفسه . ذات المرجع فقرة ٤٠١٩ ص ٨٢٥ .

[٢١٣] ويستشهد بنقض ١٦ يولية ١٩٩١ السابق الإشارة إليه :
Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1991 B. n° 248 ; JCP 1992, II, 21947, p. 394, note Annick DORSNER-DOLIVET .
وقد ورد في التعليق على هذا الحكم أن الضرر الوحيد الناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعلام كان مجرد فوات فرصة اتخاذ قرار متبصر بشأن اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل ، مع استبعاد الضرر المتمثل في مجيء الطفل المعاق إلى الحياة . راجع ص ٣٩٥ من التعليق .

وينتهي الفقيه إلى أنه لا جدال في وجود رابطة السببية [٢١٤]، ومن ثم ينتقل إلى شيء آخر هو مسألة الضرر .

---

[٢١٤] راجع أيضا في تأييد توافر رابطة السببية في دعوى PERRUCHE :
Pierre-Yves GAUTIER : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287 , n°4 p.67 .
حيث يقرر أنه : « أما عن رابطة السببية : فسواء تحركنا في ملعب نظرية السبب المنتج (بالبحث عن السبب القاطع للضرر) أو نظرية تعادل الأسباب (أي أن الضرر لم يكن ليقع دون هذه الواقعة ، وإن كانت ليست وحدها المسببة له بل واحدة من بين أخريات) ، فيبدو أن رابطة السببية قد تحققت بوضوح هنا ؛ وفي الحقيقة ، فلولا الخطأ في تشخيص الحصبة الألمانية ، لكانت الأم قد أجرت الإجهاض بالتأكيد ، ومن ثم فإن الطفل لم يكن ليولد معاقا . ونؤكد أننا نقصد : (لم يكن ليولد معاقا) وليس (لم يكن ليولد) مجردة عن الوصف ، فهناك بالتأكيد أولا قرار الأم في سلسلة السببية ، ولكن منذ اللحظة التي لا يثور فيها النزاع في أنها كانت ستجري الإجهاض الإرادي للحمل إذا كانت قد علمت بالعيب ، فإن الخطأ الأصلي يبقى هو السبب الحال والمباشر للضرر . ولا يغير من الأمر شيئا أن الحمل وإصابة الجنين قد حدثا قبل ارتكاب الخطأ : فإذا لم يكن هذا الخطأ قد وقع فإن الأم كانت ستسقط حملها ولم يكن الطفل ليولد معاقا . أين هو إذن الخروج عن مفهوم السببية ؟ فإذا كان الخطأ لم يسبب الإعاقة حقا ، فإنه قد جعلها بلا رجعة أو عصية على التدارك أو نهائية irrévocable . فإذا لم يكن الخطأ قد وقع ، فإن الإعاقة لم تكن لتتحقق بذات الطريقة بفضل الإجهاض الإرادي للحمل ». ومن ناحيتنا فإن ما قرره هذا الرأي لا يقنعنا على الإطلاق ، فالواقع أنه لا جدال في أنه لولا الخطأ الطبي فإن الطفل (لم يكن ليولد) ، أما الصياغة هكذا : (لم يكن ليولد معاقا) فيمكن أن ينصرف معها الذهن – بمفهوم المخالفة – إلى أنه لولا الخطأ =

ثانيا : الرد على النقد الموجه للحكم بشأن الضرر :[٢١٥]

ويتمثل النقد الجوهري الذي وجه للحكم باختصار في الزعم بأن الطفل الذي يولد معاقا لا يجوز له الادعاء بوجود ضرر طالما أن الحياة ليست ضررا وأن البديل لهذه الحالة هو ألا يحيا . فالطفل لم يخسر شيئا إذن ولا يستطيع أن يتضرر من الحياة ، حتى ولو كانت مع الإعاقة ، لأنه ليس له أي حق في ألا يحيا .

= لكان من الممكن أن يولد الطفل غير معاق ، والحقيقة أن (ولادته) هي التي كان من الممكن منعها أما (ولادته دون إعاقة) فلم يكن ممكنا منعها ومن ثم فلا يمكن القول أن الخطأ قد تسبب في ولادته معاقا ، وإن كان من الممكن القول أنه قد تسبب في ولادته ، وهذا فرق واضح وينبغي التنبيه له ، كما أننا لا نوافقه أيضا على أن الخطأ الطبي قد جعل من الإعاقة بلا رجعة أو عصية على التدارك أو نهائية ، فالخطأ لم يجعل من الإعاقة بلا رجعة أو عصية على التدارك أو نهائية ، لسبب بسيط وهي أنها كانت كذلك منذ البداية لأنه لا يمكن شفاؤها ، أما الصياغة المستخدمة فتوحي بأنه لولا الخطأ لكان من الممكن تدارك الإعاقة وهو ما يعد مستحيلا في الحالة العلمية الطبية الحالية ، فالخطأ قد أدى إلى عدم التمكن من إجهاض الجنين ومن ثم فقد ولد الطفل بحالة الإعاقة النهائية التي كان فيها ، وإذا فرض أن الخطأ لم يقع وتمكنت الأم من الإجهاض ، فهل كان من شأن ذلك أن يمنع الإعاقة أو أن يجعلها قابلة للرجوع فيها أو للتغيير ؟ الإجابة بالنفي حتما : فكل ما حدث هو أن الجنين قد أجهض ومن ثم فلا يتصور أن يولد مصابا بالإعاقة لأنه ببساطة : قد أصبح عدما .

215 Patrice JOURDAIN : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 337.

وعلى الرغم من جدية هذا النقد ، فيرى الأستاذ JOURDAIN أنه ليس عصيا على الرد . فيلاحظ أولا أن الحياة ليست هي حقا الضرر ، وذلك على عكس ما يحاول خصوم الحكم الإقناع به ، بل الإعاقة ، وبدقة أكثر ، الحياة مع الإعاقة . ودون شك فإن الاعتراف بالضرر يتضمن أنه من الأفضل ألا يحيا الطفل بدلا من أن يحيا مع الإعاقة . ويؤكد الفقيه على أنه لا يريد الذهاب ، كما فعل البعض ، إلى حد الحديث عن « الحق في عدم الحياة »[٢١٦]، إلا أنه يرى أن الاعتراف بالضرر يستدعي على الأقل ***وجود مصلحة للطفل في عدم الحياة معاقا إعاقة جسيمة*** [٢١٧]، والتي يتمثل الإخلال بها في الميلاد مع الإعاقة . وهي مصلحة واضحة طالما أن العلم الطبي يمدنا اليوم بالوسائل التي تكفل تجنب ميلاد أطفال معاقين ، وطالما أن قانون Veil الصادر في ١٧ يناير ١٩٧٥ ، يفترض وجود مصلحة للطفل في ألا يحيا مع إعاقة جسيمة وذلك عندما سمح بالإجهاض لغرض علاجي في حالة توقع هذه الإعاقة الجسيمة .[٢١٨]

---

[216] Droit de ne pas vivre .

[217] ***un intérêt à ne pas vivre gravement handicapé .***

[٢١٨] راجع أيضا في تأييد توافر ضرر الطفل :

Pierre-Yves GAUTIER : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287 , n°3 p.67 .

فيقرر أنه بالنسبة للضرر ، فقد أصيب الطفل بإعاقة جسيمة وسوف تلازمه بقية حياته فهو ضرر محقق وحال يعاني منه الطفل فعلا ؛ بحيث تبدو أية مناقشة =

أما عن حجة أن الطفل لم يخسر شيئا بالمقارنة بوضع سابق له: فلماذا لا يكون هذا الحكم بمثابة تطور في قضاء محكمة النقض في تحليل الضرر الذي يتضمن تقليديا وجود خسارة ، فالقضاء بتعويض الطفل يقود في الحقيقة إلى الموافقة على وجود ضرر مع عدم وجود خسارة : فهو ضرر ينتج عن مجرد الإعاقة الخلقية للطفل ، أي مما أصابه من قصور بالمقارنة بالأشخاص الأسوياء وما يصاحب ذلك من

= حول فوات الفرصة ، وهي فرصة ألا يولد ، عديمة الجدوى . فقد تجنبت محكمة النقض حقا البحث في نقطة معرفة ما إذا كان الطفل « قد فاتت عليه فرصة ألا يحيا » a perdu une chance de ne pas vivre أو أنه قد لحق به « ضرر الحياة » préjudice de vie نتيجة لعدم الإجهاض ، وهكذا فقد قررت أنه قد ولد معاقا وأن معاناته ستبقى ملازمة له طيلة حياته . ولكن لا يفوت صاحب هذا الرأي أن يتحفظ بأن أخذ الضرر في الاعتبار سيكون تكريسا لنوع من تحسين النسل بطريقة غير مباشرة . وهنا نلاحظ أنه ينضم في هذه النقطة إلى خصوم حكم PERRUCHE ، ولكنه يتدارك ذلك مرة أخرى ويقرر أنه : سيبدو أيضا من الصعب من ناحية أخرى إنكار الضرر الذي تحقق فعلا ، وكذلك قابليته للتعويض، إلا بأن يتحمل الطفل المسئولية عما لحقه من ضرر : لقد كان ينبغي أن يولد ، على هذا النحو وليس على نحو آخر ، بحيث سيصير حقه في الحياة - بمقتضى التناقض - التزاما بأن يحيا بأي ثمن . هل نستطيع نحن أن نفصل في ذلك بدلا منه ؟ لقد لحق بالطفل ضرر شخصي ، فإذا اكتفينا بتعويض الوالدين من دونه ، فإن في ذلك إنكار بدون شك لمعاناته الخاصة ، بل ولشخصه ، ويعد اعتداء على ما يفترض أن يبقى له دون مساس : أي كرامته الإنسانية والقانونية .

معاناة وضغوط من كل نوع . فعندما تقضي محكمة النقض بذلك ، فإنها تبرهن على رغبتها في تجاوز الفكرة التقليدية للضرر المحدودة في مجرد وجود خسارة بالمقارنة مع حالة سابقة ، وهي بذلك لا تأخذ في الاعتبار سوى الإعاقة وآثارها على حياة الشخص .

ورغم أنه يسلم بأن هذا التحليل يثير جدلا في النطاق الأخلاقي ، ولكنه لا يبدو له على الرغم من ذلك عبثيا أو غير أخلاقي كما حاول البعض أن يدفع للاعتقاد بذلك . فهؤلاء الذين يزعمون أنه من الأفضل الحياة مع الإعاقة من عدم الحياة : هل يقدرون جيدا كيف يمكن أن تكون حياة الشخص المعاق على نحو جسيم (معتوه أو أصم أو كفيف) ؟ إن الإصغاء لهذا المنطق يقود إلى الاعتقاد بأن الإعاقة هي شيء عادي جدا عندما تكون إعاقة خلقية : فهي لا تولد أي ضرر وليست جديرة بأي تعويض ؛ ولا يجوز للطفل أن يتضرر أو أن يشكو طالما أنه على قيد الحياة . ورغم أن هذا الموقف ينبع من شعور إنساني جيد ؛ إذ يسعى إلى تجنب أي تمييز بين بني البشر ، أي بين من يستحقون الحياة ومن لا يستحقونها بسبب إعاقتهم . ولكن ألا يجب أن يؤخذ في الحسبان أن هذا التجاهل للإعاقة وآثارها ، يمكن أن يساء فهمه من جانب هؤلاء الذين يعانون والذين قد يرون أن إنكار هذه المعاناة سيكون أيضا من قبيل التمييز أو عدم المساواة ؟

وتكمن الصعوبة الحقيقية هنا في أن الطفل لا يستطيع بصفة عامة التعبير عن حقيقة رأيه في مدى توافر الضرر ، وقد يكون ذلك

بسبب إعاقته ذاتها التي تمنعه من التعبير الصحيح عن معاناته ، كما أنه من الجائز في حالة ما إذا كان مصابا بتشوهات جسدية لا تمنعه من التعبير عن رأيه ، ألا يمكن التعويل على قوله ، بسبب الطريقة التي يحيا بها ومدى قبوله لإعاقته ، وهو ما قد يدفعه إلى إنكار معاناته أو ، على العكس ، إلى تضخيمها . ومن هنا فإنه يرى أنه لا يتعين على الطفل أن يقرر لنا ما إذا كان هناك ضرر أم لا ، بل على القاضي أن يقرر ذلك ، بطريقة موضوعية .[٢١٩] كما أن القانون نفسه عندما سمح بالإجهاض العلاجي ، فإنه يقر بوجود ضرر : فلماذا إذن يجيز إسقاط الحمل « عندما يوجد احتمال قوي لأن يكون الطفل مصابا بداء ذي جسامة خاصة ومستعص على الشفاء لحظة التشخيص » (المادة L. 162-12 من تقنين الصحة العامة) ، إلا إذا كان ذلك لهدف أساسي هو تجنب أن يأتي إلى الحياة طفل مصاب بتشوهات جسيمة ؟ فإجازة القانون للإجهاض العلاجي تفترض ، بنص القانون ذاته ، وجود ضرر مرتبط بالإعاقة لا تمحوه مجرد واقعة الحياة .

ثالثا : كيفية حل بعض الصعوبات التي تواجه هذا الحكم :

وإذا كان حكم الجمعية العمومية لا يستحق في نظر الفقيه الانتقادات التي وجهت إليه ، فإنه لا ينكر مع ذلك الصعوبات التي

---

[٢١٩] يجب أن نتحفظ بقوة هنا ، فهل يعني ذلك أن القاضي هو الذي سيتولى إثبات وجود الضرر بينما يكتفي المدعي – الوالدان نيابة عن طفلهما – بالوقوف موقف المتفرج ؟

ستواجه إعمال الحل الذي أخذت به [٢٢٠]. وتتمثل الصعوبة الأولى في رسم الحد بين الإعاقة الضارة وتلك التي ليست كذلك . ويرى أنه يمكن هنا استلهام المعيار التشريعي للإجهاض العلاجي الذي يشير إلى الإصابة بداء ذي « جسامة خاصة ومستعص على الشفاء لحظة التشخيص » . ولكنه لا ينكر أيضا مدى ما يمكن أن يواجه إعمال هذا المعيار من صعوبة ملموسة .

أما الصعوبة الثانية فتتعلق بتقييم الضرر . لأنه لا يكفي وضع مبدأ التعويض ، بل ينبغي أيضا معرفة ما هي عناصر الضرر التي سيتم تعويضها وكيفية تقديرها . ولكنه يرى مع ذلك أن هذه الصعوبة ليست مستعصية ، وخاصة لأنها شائعة بشأن الإصابات التي تلحق بالتكامل الجسدي ومعروفة جيدا لكل هؤلاء الذين يتولون تقدير الضرر الجسدي ، سواء كانوا من القضاة أم من أعضاء لجان التسوية الودية . وينوه في هذا الصدد إلى أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر يقتضي عدم استبعاد أي عنصر من عناصر الضرر ، وأنه لا يجوز بصفة خاصة قصر التعويض فقط على الأضرار الاقتصادية المرتبطة بتكلفة الرعاية (مثل الغذاء والسكن والمساعدة التي يحتاجها المعاق) .

وعلى الرغم من اعترافه بهذه الصعوبات التي تواجه إعمال الحكم ، فإن يرى أن مبدأ تعويض الطفل المعاق الذي كرسته الجمعية

---

220 Patrice JOURDAIN : Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 339 .

العمومية جدير بالتأييد ، وذلك لأنه يحقق احترام كرامة الشخص أفضل مما يحققه رفض أي تعويض عن الإعاقة ، مع كونه مؤسسا على القانون والاعتبارات الإنسانية .[٢٢١ ، ٢٢٢]

---

[٢٢١] راجـــع أيضـــا في معنى أن حرمان الطفل من التعويض يتضمن اعتداء على كرامته :

Nathalie BESLAY : L'Affaire Perruche en question , p.4.

على موقع medcost الطبي على شبكة الإنترنت .

http://www.medcost.fr/html/droit_dr/mag_17/perruche.htm

[٢٢٢] وعلـــى الـــرغم من أننا قد لا حظنا أن Pierre-Yves GAUTIER قد انضم إلى الأســـتاذ JOURDAIN فـــي تأييد أن الضرر ورابطة السببية قد توافرا في دعوى PERRUCHE ، فإنـــه يبدي تحفظات جوهرية عليه بحيث لا نستطيع القول بأنه قد أيـــد هـــذا الحكم على إطلاقه ، وبصفة خاصة من ناحية العلاقة بين الحل القانوني للمسألة والاعتبارات الأخلاقية . راجع تفصيلا : نبذة ٥ و ٦ من مقاله ، كما يحذر من النتائج السلبية الجسيمة لهذا الحكم على الكيان الطبي ، الذي لا ينبغي إرهاقه ، وهو ما يبرر اعتبار أن يظل مثل هذا الحكم عل سبيل الاستثناء . راجع هامش ٢٦ ص ٦٨ من مقالته السابقة .

المطلب الثالث

رأي الأستاذة VINEY بشأن حكم PERRUCHE [٢٢٣]

رغـــم أهمية تقييم الأستاذة VINEY للمسألة ، إلا أنه قد تعذر علينـــا تصـــنيفها ضـــمن مؤيدي الحكم أم معارضيه ، خاصة وأنها قد تناولـــت الحكـــم مـــن ناحية مدى تأثيره على صورة القضاء أمام الفقه والرأي العام ، ومن ثم فقد فضلنا أن نفرد له مطلبا مستقلا .

وتستهل الأستاذة وجهة نظرها مقررة أن الحكم الصادر في ١٧ نوفمـــبر ٢٠٠٠ مـــن الجمعية العمومية لمحكمة النقض ، والذي سمح بـــتعويض الضرر الشخصي للطفل المعاق الذي لحقت به الإعاقة أثناء الحمل ، قد أحدث دويا واسعا لدرجة تسمح بالتساؤل عن انعكاساته على صورة القضاء نفسه .

ثـــم أبدت أسفها لأن آباء الأطفال المعاقين قد فسروا هذا الحكم بـــأنه بمثابة استنكار لاختيارهم الشجاع لصالح الحياة و بمثابة الإعلان عـــن ضغط اجتماعي يحث على اللجوء إلى الإجهاض كلما تبين وجود عيـــب خلقي أو مجرد خطر حدوث تشوه للجنين . وفي الحقيقة ، فإن مجرد إسناد هذا المعنى لحكم صادر من محكمة النقض في أعلى تشكيل

[223] Geneviève VINEY : Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion . (Cass. ass. plén. , 17 novembre 2000). JCP , Éd. G. 2001 , I , n°286 p.65 et s.

لها ، هو أمر خطير حقا لأن من شأنه أن يشوه صورة القضاء وأن يثير اضطرابا معتبرا في الفقه .

ثـم تبادر بالدفاع عن موقف محكمة النقض ، ودون أن تؤيد ما انتهـت إليه في حكمها ، فتقرر أنه على الرغم من ذلك ، فهناك أسباب وجـيهة تدعـو للاعتقاد بأن قضاة المحكمة العليا لم يقصدوا إثارة هذا الاستياء أو أن يوجه لهم اللوم ، ولكنهم أرادوا بكل بساطة معاملة الطفل المعاق ووالديه بذات الطريقة ، عند حدوث ذات الموقف .[٢٢٤]

وتحـاول أن تلفـت النظر إلى ما أغفل البعض مناقشته في هذه المشـكلة علـى نحو كاف ، وهو أن محكمة استئناف باريس كانت قد حكمت في ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ [٢٢٥]، في ذات دعوى PERRUCHE، بـأن الوالديـن قد لحقهما ضرر من واقعة ميلاد طفلهما معاقا وأن هذا الضـرر يجـب أن يـتم التعويض عنه ، وأنه لم يطعن في هذا الحكم بالـنقض سـوى بشـأن مسـألة تعويض الطفل الذي رفضته محكمة الاسـتئناف ، أما القضاء بتعويض الأبوين فقد صار باتا . وأن مجلس

---

[٢٢٤] راجع أيضا في أن محكمة النقض لم تكن تستحق كل ما وجه إليها من نقد :
Pierre-Yves GAUTIER : « Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287 , n°1 p.66 .

[225] CA Paris 17 décembre 1993, D. 1995, somm. p. 98, obs. Jean PENNEAU.

الدولـــة قــد قضى في ١٤ فبراير ١٩٩٧ في دعوى أخرى ، بوجوب تعويض الأبوين دون الطفل .[٢٢٦]

فيـــبدو أن ما رفضته محكمة النقض في حكمها هذا هو الإقرار بعــدم المســـاواة في المعاملة على هذا النحو والتي يجوز القول بأنـها غير مبررة حقا .

وفـــي الحقـــيقة ، فإن المشكلة القانونية والأخلاقية تطرح بذات الكيفية سواء بشأن دعوى الطفل أم بشأن بدعوى الوالدين . إذ أن العقبة القانونـــية التي تعوق تقرير مسئولية الطبيب والمعمل في الحالتين تكمن في واقع غير متنازع فيه وهو أن الإعاقة لم تكن نتيجة للأخطاء الثابتة طالمـــا أن الحصبة الألمانية لم يكن من الممكن تجنبها في اللحظة التي ارتكبـــت فيها الأخطاء . وذلك مع التأكيد على أن الإعاقة هي الضرر الوحـــيد الـــذي يمكـــن أن يؤخذ في الاعتبار إذ لا يجوز اعتبار الحياة ضررا بالنسبة للوالدين ولا للطفل .

---

[226] CE 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Q. Rec. CE p. 44 .

راجع موجز الحكم المذكور (والذي سبقت الإشارة إليه) ووقائع الدعوى تفصيلا على موقع مجلس الدولة على شبكة الإنترنت .

http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm .

وراجع أيضا :

G. VINEY : Obs. Sous CE 14 février 1997 , JCP G. 1997 ,I, 4025 .

فينبغـــي إذن مـــن أجـــل الموافقة على وجود علاقة سببية بين الأخطـــاء والإعاقة ، إثبات أن عدم إعلام الأم كان عقبة أمام الإجهاض العلاجي الذي كان سيجنب الإعاقة ، والحياة ، في ذات الوقت . وهكذا يطـــرح هـــذا المـــنطق حقا مشكلة أخلاقية خطيرة في نظر كل الذين يخشون من استعمال الإجهاض بطريقة روتينية في حالة خطر الإعاقة : ألا يجـــوز القـــول بجدية أن هذا الوضع أكثر إيذاء بالنسبة للطفل الذي أصيب في وجوده أكثر من الأبوين اللذين أصيبا بطريقة غير مباشرة ؟ ومـــن ثـــم فلا ترى الأستاذة مبررا لهذا الاختلاف في التقدير : فتهديد كـــرامة الشخص الإنساني لا يتفاوت قوة أو ضعفا بين حالتي تعويض الطفـــل أو تعويض والديه ، فينبغي للقضاء بالتعويض في الحالتين على أي حـــال ، التأكيد على أن الحياة المعاقة تعد ضررا (بالنسبة للطفل في حالة ، وبالنسبة للوالدين في الأخرى).

إذن فليس هناك في رأيها إذن أي سبب للتمييز بين الوضعين ، ولكـــن هل يعني ذلك أنها توافق على تعويض الأضرار المدعاة سواء من جانب الطفل أم من والديه ؟

تـــرد الأستاذة على ذلك بالنفي وترى على العكس أن رد الفعل الـــذي أثاره حكم الجمعية العمومية في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ ، والرفض الذي لقيه من جانب هؤلاء الذين كان يتوقع منهم مساندته ودعمه – أي أقـــارب الأشـــخاص المعاقين ومن يتولون رعايتهم – ***يحثان بقوة على***

الرجوع في الحل الذي كرسه هذا الحكم ، ولكن المنطق يقتضي حينئذ رفض تعويض الوالدين شأنه شأن تعويض الطفل .

وتـــرى أن هـــذا الاتجاه الذي تدعو إليه سيحقق بعض المزايا ، فمن الناحية القانونية ، سيمثل ذلك عودة للطريق الصحيح ، إذ سنتجنب في الحقيقة ، بهذه الطريقة ، إرهاق قواعد السببية .

ومن الناحية الأخلاقية ، فإن الأمر يتعلق برسالة واضحة هي : ***أن الحـــياة قـــيمة لا يجـــب أن توضع في الميزان مع أية قيمة أخرى عندما يتعلق الأمر بتقدير وجود الخسارة أو الربح .***

La vie est une valeur qui ne doit être mise en balance avec aucune autre lorsqu'il s'agit d'apprécier s'il y a perte ou profit .

أمـــا عـــن تحسين الظروف المادية للأشخاص المعاقين ، فإنها ضـــرورة حقـــا ولكن لهم جميعا وليس فقط لهؤلاء الذين لم يتم إعلام أمهاتهم خلال حملهن بخطر الإعاقة .[٢٢٧]

---

[٢٢٧] ويبدو أن الأستاذة VINEY لم تبالغ كثيرا عندما أشارت في عنوان مقالها إلى أن حكم PERRUCHE قد أثر على صورة العدالة ، وصورة محكمة النقض بصفة خاصة ، فقد لاحظنا من ناحيتنا بعض الاجتراء على هيبة هذه المحكمة التي لا نزاع في تمتعها بها في فرنسا ، فيطرح المحرر الذي أجرى مقابلة مع الأستاذ Denis MAZEAUD عليه السؤال التالي : ***إذن بماذا يوصف هذا الحكم لمحكمة النقض ؟ حكم من أحكام الملاءمة يقرب قضاة محكمة النقض من الجمهور ؟*** =

= ولا نجد من الأستاذ استنكارا لهذا السؤال بل أنه يجيب قائلا : أعتقد في الحقيقة أنه يوصف بأنه حكم من أحكام العدالة يقدم بلا جدال ميزة السماح بالتحمل ولو جزئيا على الأقل بأعباء الطفل ضحية الإعاقة الجسيمة . وسأسير أكثر في هذا الاتجاه المتفائل ، الذي يتعارض مع الفروض المتشائمة بل والمخيفة التي أثارها هذا الحكم ، ... ، وأعتقد أنه يمكن تحليل هذا الحكم للجمعية العمومية بأنه ***حكم تحريضي un arrêt de provocation*** ، فقد أثارت عندما أصدرت هذا الحكم ، ***والذي كان قانون المسئولية ضحية له*** ، ردود أفعال ساخطة ، ليس فقط من مجتمع القانون الصغير ولكن أيضا من أوساط أخرى فكرية وعلمية ، بحيث يحدونا الأمل في أن تثير رد فعل إيجابي من جانب السلطات العامة لكي تضطلع في النهاية بمسئولياتها وتتحمل عبء هذه المآسي . ثم يسأله المحرر : ***هل قالت محكمة النقض كلمة القانون بالمعنى الكامل للكلمة*** ؟ فيجيبه الأستاذ بكل صراحة : لا ، لا يمكننا القول بذلك بصفتنا من رجال القانون . ***لقد أساءت المحكمة التعامل مع قانون المسئولية من أجل إصدار حكم من أحكام العدالة ، وليس هذا دور محكمة النقض*** . ولكن لا يجوز لها على أي حال المضي في هذا الطريق أكثر من ذلك بهدف تحسين النسل أو بشأن اعتبار الميلاد والحياة من قبيل الضرر . وإذا طالعنا تعريف لجنة الأخلاق ، فإن تحسين النسل هو ممارسة جماعية مؤسسية تستهدف تشجيع ظهور بعض الصفات أو إلى استبعاد بعضها التي تبدو سلبية :

l'eugénisme est une pratique collective institutionnalisée qui vise à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en éliminer d'autres jugés négatifs .

ولا ينبغي أن يتم ذلك على أي حال بطريقة سحرية في رحاب محكمة النقض .

Denis MAZEAUD : Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire) .

كما يضيف البعض ***منبها محكمة النقض إلى مراعاة دورها الذي رسمه لها القانون*** : وإذا كانت محكمة النقض لم تتوان منذ أكثر من ربع قرن عن=

=مراعاة الشفقة ، وهو ما تثبته اليوم . إلا أن المسألة هنا لها أهمية مختلفة تماما لأنها تتعلق بالكرامة البشرية . لقد فصلت في المسألة وفقا للعدالة ***بينما كان يجب عليها أن تراعي دورها بدقة*** إذ كان عليها أن تنبه المشرع في تقريرها السنوي ، أليست هذه وظيفتها وواجبها ؟ اليوم ، في مواجهة العالم ، نحن البلد التي يجوز للطفل فيها أن يسائل الغير لأنه تركه يأتي إلى الحياة .

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2312 .

كما لم يتردد البعض عند تناوله لهذا الموضوع أن يعنون مقاله بعنوان :

حكم للجمعية العمومية لمحكمة النقض ***دون أساس قانوني*** ؟

Pierre KAYSER : Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation ***sans fondement juridique*** . DALLOZ 2001 , n°24 p. 1889 .

المبحث الرابع

التطورات اللاحقة لحكم PERRUCHE

المطلب الأول

مقاومة محكمة استئناف Aix-en-Provence لحكم PERRUCHE

علـــى الرغم من صدور حكم الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في دعوى PERRUCHE في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ والذي أقر مبدأ تعويض الطفل نظرا لوجود علاقة سببية بين الخطأ الطبي والإعاقة التي لحقته ، إلا أن محكمة استئناف Aix-en-Provence أصرت في ٢١ مــارس ٢٠٠١ على القضاء في دعوى مماثلة وفقا لما استقر عليه القضـــاء الســـائد لمحاكم الموضوع ، فقضت بتعويض الأم ، ورفضت تعويض الطفل لعدم وجود رابطة السببية بين الإعاقة والخطأ الطبي.[٢٢٨]

---

[228] CA Aix-en-Provence, 10e ch. Civ., 21 mars 2001 ; A. c/B. et X. JCP Éd. G. N°40- 3 octobre 2001, II , 10600 p. 1829 , 1830 .

ونظـــرا لخطورة هذا الحكم المتمثلة في عدم الأخذ بالمبدأ الذي أرسته قمة القضاء العادي في فرنسا منعقدة في أعلى تشكيل لها ، فإننا سنورد في هذا الهامش نص حكم محكمة الاستئناف المذكور قبل أن نتناوله بالمتن ببعض الإيضاح .

المحكمة :

الوقائع والإجراءات : =

= حيث طلبت السيدة ..A عن نفسها ، وبصفتها نائبا قانونيا عن ابنتها ..N.A ، بمذكرة أودعتها في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٩ ، من المحكمة إثبات أن الخبراء قد أودعوا تقريرا انتهوا فيه تماما إلى عكس النتيجة التي ينبغي عليهم الانتهاء إليها وفقا للفحوص التي قاموا بها ، وبعدم الأخذ بما ورد به ، ومن ثم بتعديل الحكم والقضاء ضد الطبيبين .B. et X متضامنين بأن يدفعا لها مائة ألف من الفرنكات تعويضا عن الضرر الأدبي الذي أصابها بميلاد ابنتها .N وبمبلغ خمسين ألفا من الفرنكات تعويضا لهذه الأخيرة عما أصابها من ضرر نفسي .

وقالت شارحة دعواها أنها قد حملت في ٣ أبريل ١٩٩٩ بطفلتها المذكورة سالفا مصابة بفقدان مزدوج لليد وللساعد الأيسر ، وأبانت أن الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية - الذي أجراه الطبيب .X في الأسبوع الرابع والعشرين بعد انقطاع الدورة الشهرية والذي يستهدف دراسة تكوين الجنين - كان يجب أن يكتشف التشوهات المحتملة ، ولما كان هذا الأخير لم يتحقق من كيفية تكوين أعضاء الطفل وهو ما أفصح عنه تقرير الفحص بالموجات فوق الصوتية الذي وصفه الخبراء بأنه مقتضب succint ، ومن ثم فإنه لا يكون بذلك قد احترم التزامه ببذل العناية في إجراء فحص تكوين أعضاء الطفل ، ومن ثم وجب الحكم عليه بالتعويض .

أسباب الحكم :

وحيث أنه من الملائم البحث عما إذا كان الطبيب .X قد أجرى الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية الذي تم في ١١ ديسمبر ١٩٨٩ على السيدة .M في الأسبوع الرابع والعشرين من انقطاع الدورة - والمسمى الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية للثلث الثاني من مدة الحمل ، والذي تعد دراسة تكوين الجنين من بين أغراضه - بما ينبغي عليه من عناية وضمير ووفقا للمبادئ العلمية المستقرة ؛ =

- وحيث أن الخبراء قد لا حظوا أن الفحص قد أجري باستعمال جهاز Hitachi EUB 340 وهو جهاز ذو جودة عالية ، وأن تقرير الفحص بالموّجات فوق الصوتية قد ورد به أن « الحمل في جنين واحد ، قطر رأسه ٥٧ مليمتر ، وقطر البطن ٥٢ مليمتر ، وهو حجم مناسب للحمل في أسبوعه الرابع والعشرين من انقطاع الدورة الشهرية . ولم تُلاحَظُ أية تشوهات مخية أو هضمية أو بولية أو فقارية . كما أن وضع المشيمة أمامي » .

وحيث أوضح الخبراء أن هناك أربعة صور فوتوغرافية موضحة لهذا الفحص ، تظهر الأولى العمود الفقري ، وتتضمن الثانية مقطعا عرضيا للبطن ، والثالثة مقطعا عرضيا لمقدمة الرأس ، والرابعة الفحص الأمامي للجنين ؛

وحيث أشار الخبراء بعد ذلك إلى أن تقرير الفحص مقتضب بعض الشيء، ولكن يبدو حقا أن الطبيب .X قد أولى عناية خاصة لفحص تكوين أعضاء معينة كما يشهد بذلك التقرير المكتوب والصور الموضحة ، ***ومع ذلك فإنه لم يذكر صراحة في التقرير ولا في الصور أنه قد قام بفحص للأعضاء*** .

وحيث انتهى الخبراء إلى أنه يبدو أن الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية الذي أجراه الطبيب .X ، قد تم بمنتهى الأمانة ، وأنه يتفق بداءة مع المبادئ العلمية المستقرة لعلم الولادة في الوقت الذي تم فيه ، وأنه من غير الممكن معرفة ما إذا كانت قد أجريت دراسة متقنة لأعضاء الجنين وذلك في ظل عدم صراحة التقرير في هذا الشأن ، خاصة وأنه لم يكن هناك إجماع علمي في وقت حدوث الوقائع على المحتوى الأدنى الذي يجب أن يتضمنه فحص الموجات فوق الصوتية الخاص بتكوين الجنين خلال الحمل ، ومن ثم فقد رأوا أنه لم يرتكب أي خطأ . -

= وحيث أن المحكمة لا توافق على تلك النتيجة التي انتهى إليها الخبراء بشأن الطبيب .X ، إذ من الواضح أن دراسة أعضاء الجنين تعد جزءا من فحص تكوين الجنين خلال الفحص الثاني بالموجات فوق الصوتية ؛ وأنه إذا كانت قد أجريت لكل عضو من أعضائه دراسة متقنة ومنظمة ، لكان من الواجب اكتشاف تشوه واضح جدا مثل عدم نمو العضو الأيسر العلوي ؛ وأن الخبراء قد أفصحوا في الصفحة السابعة من التقرير عن أن عدم اكتشاف التشوه الخلقي لا يمكن تفسيره إلا بأن الطبيب لم يفحص العضوين الواحد تلو الآخر ولكنه فحص ذات العضو مرتين ؛

وأخيرا ، فإنه لا يجوز الاحتجاج بعدم الإجماع في ذلك الوقت على المحتوى الأدنى للفحص بالموجات فوق الصوتية لتكوين الجنين في منتصف الحمل، إذ يبدو أن التحقق من اكتمال الأعضاء ، أيا كان مدى الاتفاق على وجوبه، يعد أحد الفحوص الرئيسية التي يتضمنها الفحص بالموجات فوق الصوتية لتكوين الجنين .

وحيث أنه يتعين والأمر كذلك القضاء بأن الطبيب .X لم يجر الفحص بالموجات الصوتية بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٨٩ بما يكفي من العناية والأمانة ، وأن مسئوليته قد انعقدت بسبب الضرر النفسي الذي لحق بالسيدة .A من جراء استحالة تدارك محنة ولادة طفل معاق ، وهو الضرر الذي تقدره المحكمة بخمسين ألف من الفرنكات .

وحيث أنه عن طلبها بتعويض الضرر اللاحق بالطفل فإنه لا يتفق مع صحيح القانون ، إذ أن العيب الخلقي الذي لحق به ليس مرتبطا بالفحص بالموجات فوق الصوتية برابطة سببية . =

ولا جدال في أن تمادي بعض المنابر في إثارة شجون عائلات الأطفال المعاقين بعد حكم PERRUCHE الشهير ، متجاوزة بذلك الإعلان الاستنكاري للمجلس الاستشاري الوطني للأخلاق [٢٢٩] والتشريعات المقترحة في هذا الشأن ، قد أثرت بلا منازعة على صورة القضاء [٢٣٠]. بل أن البعض لم يتردد في دعوة محكمة الإحالة إلى التمرد على هذا الحكم وذلك بحجة البحث في مدى وجوب تعويض الضرر [٢٣١]. ودون انتظار لهذه الإهانة بعيدة الاحتمال لسلطة الجمعية

- وأخيرا ، فلا يبدو أن مسئولية الطبيب الآخر .B قد انعقدت نظرا لعدم اختصاص هذا الأخير بتقدير الكفاءة الفعلية للعمل الذي يقوم به الطبيب .X .

لهذه الأسباب : حكمت المحكمة على الطبيب .X بأن يدفع للسيدة ...C...A مبلغ خمسين ألفا من الفرنكات تعويضا عما أصابها من ضرر أدبي ... وبرفض باقي الطلبات .

[229] Conseil consultatif national d'éthique .

[٢٣٠] وهو ما اتخذته الأستاذة VINEY عنوانا صريحا لأحد مقالاتها بعنوان : ملاحظات مختصرة بشأن حكم أثر على صورة العدالة في الفقه ، والسابق الإشارة إليه .

Geneviève VINEY : Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion . Cass. ass. plén. , 17 novembre 2000 , JCP, Éd. G. 2001 , I , n°286 p.65 et s.

[231] Laurent AYNÈS , Préjudice de l'enfant handicapé : La plainte de Job devant la Cour de cassation, D. 2001, chr . n°23 p. 496.

راجع ما سبق في هذا الشأن تحت عنوان : رابعا : هل يجوز لمحكمة الإحالة مخالفة حكم الجمعية العمومية بحجة التصدي لمسألة الضرر ؟

العمومية ، فيبدو أن محكمة استئناف Aix-en-Provence قد بادرت إلى التمرد عليها كما يشهد بذلك حكمها الحالي .[٢٣٢]

ويــتلخص موضــوع الدعوى [٢٣٣]، في أن فحص تكوين الجنين بالموجــات فــوق الصوتية المسمى بفحص منتصف الحمل [٢٣٤]، الذي أجرته امرأة حامل في ١١ ديسمبر ١٩٨٩ ، في شهر حملها الخامس ، قد أخفق في اكتشاف التشوه الخلقي [٢٣٥] الذي لحق بابنتها التي ولدت بعد أربعــة شهور ، محرومة من اليد والساعد الأيسر . فرفعت الأم دعوى المســئولية - باســمها وباســم ابنتها أيضا - ضد الطبيب الذي أجرى الفحص بالموجات فوق الصوتية [٢٣٦]وطبيب أمراض النساء والولادة[٢٣٧]، أمــام محكمــة Nice الابتدائية التي قضت في حكمها الصادر في ٢٠ يونــية ١٩٩٥ بأن الطبيبين لم يرتكبا إهمالا يعد من قبيل الخطأ ، ومن ثــم فقد استأنفته الأم . وفي ١٠ سبتمبر ١٩٩٨ أمرت محكمة استئناف

---

[232] Cyril BLOCH : La réparation du préjudice de l'enfant né handicapé : La résistance de la cour d'Aix à la jurisprudence (Perruch)? Note sous CA Aix-en-Provence, 10^{e} ch. Civ., 21 mars 2001 ; A. c/B. et X. ; JCP Éd. G. N°40- 3 octobre 2001, II , 10600 p. 1829 .

[٢٣٣] راجع في سرد موضوع الدعوى تفصيلا ، وبصفة خاصة ما لم يرد بالحكم الذي ذكرناه تفصيلا بالهامش :

Cyril BLOCH : op. cit. p. 1830 .

[234] L'échographie morphologique dite de milieu de grossesse .

[235] la malformation congénitale .

[236] l'échogrphiste .

[237] le gynécologue .

Aix-en-Provence قــبل الفصل في الدعوى بإحالة الأمر للخبرة من جديــد وذلــك علـــى وجـــه خاص بغرض تحديد ما إذا كان الفحص بالموجـــات فوق الصوتية قد تم بطريقة تتفق مع متطلبات الحالة ، وما إذا كـــان العيب الخلقي المذكور يعد حالة من الحالات التي يجوز فيها إســـقاط الحمل لغرض علاجي . ودون انتظار للنتيجة ، أضاف قضاة الدرجة الثانية في حكمهم السابق على الفصل في الموضوع على الرغم من ذلك أن « المحكمة لا ترى أن طلب الأم بشأن بتقدير الضرر الذي لحـــق بالطفلـــة موافق للقانون ، إذ أنه لا يمكن **بأي حال** أن يستند إلى وجود علاقة سببية بين الفحص بالموجات فوق الصوتية و طبيعة العيب الخلقـــي » . وقـــد انتهى تقرير الخبرة الثاني من جديد إلى أن الفحص بالموجـــات فـــوق الصوتية كان أمينا ومتفقا مع المبادئ المستقرة لطب الولادة في ذلك الوقت ، وذلك على الرغم من أنه يلاحظ بوضوح أنه لم يـــرد بتقرير الفحص المذكور ولا بالصور الأربعة الملحقة به – والتي كانـــت تحت تصرف الخبراء المنتدبين من محكمة الدرجة الثانية – ما يفيد بأن الطبيب قد أجرى فحصا لأعضاء الجنين . ومن ثم فقد رفضت محكمـــة الاســـتئناف عند فصلها في موضوع الدعوى في ٢١ مارس ٢٠٠١ الموافقـــة على هذه النتيجة .[٢٣٨] وانتهت إلى ثبوت خطأ طبيب

---

[٢٣٨] ولا يفوتنا هنا أن نحيي الموقف الجريء لهذه المحكمة في هذه النقطة ، ويذكرنا هذا الموقف بما صادفناه كثيرا أثناء عملنا بالنيابة العامة من تحيز غير مقبول من قبل بعض القائمين على مسائل الخبرة الطبية عندما يكون الاتهام بإحداث الإصابة موجها لأحد الأطباء بمناسبة قيامه بعمله ، ويبدو هذا التحيز في =

الأشعة (الذي أجرى الفحص بالموجات فوق الصوتية) ، و حكمت عليه بـتعويض الأم عـن الضـرر الذي لحق بها لولادتها لطفل معاق دون توقعهـا واسـتعدادها لذلك . وعلى العكس ، فقد أيدت المحكمة قرارها السـابق على الفصل في الموضوع وأكدت بطريقة مقتضبة على « أن الطلـب المتضـمن تقديـر الضرر اللاحق بالطفل لا يتفق مع صحيح القـانون إذ أن ما لحقه من عيب خلقي ليس مرتبطا بالفحص بالموجات فوق الصوتية برابطة سببية ».[٢٣٩]

ويعـد هـذا الحل الذي انتهت إليه المحكمة مباغتا من أكثر من ناحية : فيلاحظ أولا الجرأة التي قرر بها القضاة توافر الخطأ في جانب الطبيب على الرغم من رأي مجموعتين من الخبراء ، كما يلاحظ أيضا الطـابع المتفرد للضرر الذي قررت تعويض الأم عنه والذي يندر جدا

= شكل محاولة لدرء المسئولية عندما يكون اتجاه وقائع الدعوى واضحا نحو إدانة الطبيب ، أو على الأقل في تأخير إرسال تقرير الخبرة للنيابة العامة لعدة سنوات ، وهو الموقف الذي لم يكن يقابل من جانب النيابة العامة بما يجب من الحزم في بعض الحالات .

[239] « qu'il ne saurait être fait droit à la demande portant sur une évaluation du préjudice de l'enfant dont la malformation est sans lien de causalité avec l'échographie ».

ونـنوه إلى أننا كثيرا ما استخدمنا في هذه الدراسة لفظ الطفل للتعبير عن الطفل المعاق سواء كان ذكرا أم أنثى وخاصة أن اللفظ الفرنسي enfant يستخدم للتعبير عن الذكر والأنثى كما هو واضح من صياغة معظم الأحكام التي أوردناها في هذه الدراسة ومن ثم لزم التنويه لذلك .

مصـــادفته عمـــلا ، كما أنها رفضت أخيرا طلب التعويض من جانب الطفـــل وبصـــيغة حاســـمة هي أن عيبه الخلقي ليست له علاقة سببية بـــالفحص بالموجـــات فوق الصوتية وذلك على خلاف قضاء الجمعية العمومية لمحكمة النقض ."[٢٤٠]

وسوف نتناول حكم محكمة استئناف ببعض الإيضاح من خلال النقاط التالية :

أولاً : لم يكن من الضروري أن تخالف محكمة استئناف AIX قضاء الجمعية العمومية لترفض تعويض الطفل :

يجب أن تجتمع عدة شروط لكي تنجح دعوى تعويض الطفل . وقـــد أوضحت محكمة الاستئناف وجود خطأ في التشخيص من جانب الطبيب وكذلك وجود ضرر ناتج عن إعاقة الطفل ، أما المسألة الأولية اللازمـــة للفصل في قابلية قضاء PERRUCHE للتطبيق على الحالة موضـــوع الدعوى أمام محكمة استئناف AIX فتتلخص في مدى وجود رابطـــة السببية : فهل اجتمعت العناصر المكونة لهذه الرابطة في هذه الدعـــوى ؟ ينبغـــي من أجل ذلك أن يثبت ، أولا : أن الإجهاض كان مسموحا به قانونا ، وثانيا : أن الأم كانت ستختاره لو كانت قد أعلمت بإعاقة طفلها . وهي المتطلبات التي لم تتوافر بوضوح :[٢٤١]

---

[240] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1830 .

[241] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1830 , p.1831 .

(١) إثبات أن الإجهاض كان جائزا قانونا : فلما كان الإجهاض هــو الوسيلة الوحيدة المتاحة للطفل للإفلات من الضرر الذي قد يلحق بــه، فقد اشترطت الجمعية العمومية لمحكمة النقض في صلب قضائها فــي دعوى PERRUCHE ضرورة إثبات أن الإجهاض كان سيسمح بــه قانونــا ، وهو ما أكدت عليه عندما انعقدت مرة أخرى ، في ثلاثة أحكــام أصــدرتها فــي ١٣ يولية ٢٠٠١ [٢٤٢]، وقضت فيها بأن وجود رابطــة الســببية بيــن الخطأ في التشخيص والضرر الشخصي للطفل يقتضــي أن تجتمع الشروط الطبية التي تطلبتها المادة L.2213-1 من تقنيــن الصــحة العامــة للسماح بالإجهاض العلاجي[٢٤٣]. وعلى عكس

---

[٢٤٢] راجع ما سيلي تحت عنوان : القضاء الثاني للجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٣ يولية ٢٠٠١ .

[٢٤٣] جديــر بالذكــر أن المادة المذكورة قد حلت محل المادة L. 162-12 من تقنين الصحة العامة بمقتضى القانون رقم ٥٨٨ لسنة ٢٠٠١ الصادر في ٤ يولية ٢٠٠١ لتصبح على النحو التالي :

(Loi n· 2001-588 du 4 juillet 2001 art. 10 art. 11 Journal Officiel du 7 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception)
Article L. 2213-1 : Code de la Santé Publique :

L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme comprend =

دعــوى PERRUCHE والتــي لــم تكن قد انقضت فيها مدة العشرة أســابيع التــي حددها القانون للإسقاط الإرادي للحمل لحظة الخطأ في التشخيص [٢٤٤]، فإن المسألة تطرح بكل أبعادها في الدعوى الحالية ، إذ تــم الفحص بالموجات فوق الصوتية في الأسبوع الرابع والعشرين من انقطــاع الدورة ، فلم يكن أمام الأم سوى اللجوء للإجهاض الطبي[٢٤٥]،

=au moins trois personnes qui sont un médecin qualifié en gynécologie obstétrique, un médecin choisi par la femme et une personne qualifiée tenue au secret professionnel qui peut être un assistant social ou un psychologue. Les deux médecins précités doivent exercer leur activité dans un établissement public de santé ou dans un établissement de santé privé satisfaisant aux conditions de l'article L. 2322-1.

Lorsque l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'équipe pluridisciplinaire chargée d'examiner la demande de la femme est celle d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal. Lorsque l'équipe du centre précité se réunit, un médecin choisi par la femme peut, à la demande de celle-ci, être associé à la concertation.

Dans les deux cas, préalablement à la réunion de l'équipe pluridisciplinaire compétente, la femme concernée ou le couple peut, à sa demande, être entendu par tout ou partie des membres de ladite équipe.

راجع نص هذا القانون بالكامل على موقع تشريعات الحكومة الفرنسية على شبكة الإنترنت :

http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MESX0000140L

[٢٤٤] أصبحت المدة اثني عشر أسبوعا بعد التعديل التشريعي الأخير في ٤ يولية ٢٠٠١ .

[٢٤٥] المسمى بالإجهاض العلاجي قبل التعديل الأخير .

الـذي يقتضـي بأن يشهد طبيبان بأن العيب الخلقي بالجنين يمثل داء عصـيا على الشفاء وذا جسامة خاصة [٢٤٦]، وهكذا ، فإذا لم يكن هناك أي شك في أن انعدام الساعد الأيسر واليد يعد عيبا عصيا على الشفاء ، فإنـه كان يتعين على الخبراء أن يعتبرونه أيضا ذا جسامة خاصة وإلا فإن الشرط لن يتوافر . وعلى الرغم من أن الحكم لم يتصد لهذه المسألة صراحة ، إلا أن العديد من المؤشرات تدفع إلى الاعتقاد بأن المحكمة لم تكـن لتوافق على اعتبار هذا العيب ذا جسامة خاصة . فهناك أولا ما دفـع بـه المدعى عليه في مرافعته من أن الإجهاض العلاجي لم يكن سيسـمح به ، وهو ما لم ترد عليه محكمة الاستئناف صراحة . كما أن الضـرر الشخصي الذي استندت إليه الأم قد نجم عن عدم استعدادها أو عـدم توقعهـا لاستقبال طفل معاق [٢٤٧]، وليس عن ولادة طفل معاق ، وهـو مـا يبدو كإشارة إلى أن دفاعها نفسه كان لديه إحساس بضعف فرصـتها فـي الحصـول على تعويض استنادا لدعوى الميلاد الخطأ المؤسسة على الإخلال بالحق في الإجهاض .[٢٤٨]

(٢) إثبات أن الأم كانت ستختار الإجهاض : وهو عنصر أكثر أهمـية ، لأنه على افتراض أن الإجهاض كان جائزا قانونا للأم ، فإنه

---

[246] une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic .

[247] impréparation d'un enfant handicapé .

[248] action en ***wrongful birth*** fondée sur l'attient au ***droit à l'avortement*** . Cyril BLOCH : op. cit. p. 1831 .

ينبغي أيضا إثبات أن الأم كانت ستطلبه ، وهو ما لم يكن هناك عنصر فـــي الدعوى يسمح بافتراضه مسبقا ، ومن ثم فقد كان من الأفضل أن تقصر طلبها على تعويض الضرر الأدبي الناتج عن عدم استعدادها أو عدم توقعها لميلاد طفل معاق ، وهنا يبدو أن الأم نفسها تقر أنه لو كان سـمح لها بالإجهاض ، فإنها لم تكن لتصمم عليه . بل أن ترددها هذا يتضـح أيضا في طلب التعويض المقدم باسم طفلتها ، إذ أنها لم تطالب بالـتعويض عـن كـل النتائج المترتبة على إعاقتها واكتفت بالمطالبة بـتعويض الطفلة عن ضرر غامض بعض الشيء وهو الضرر النفسي préjudice psychologique والذي قدرته بخمسين ألف من الفرنكات فقط .[٢٤٩]

والخلاصة هنا ، أن كل شيء في الدعوى المنظورة أمام محكمة اسـتئناف AIX ، كان يدعو إلى الاعتقاد بأن الطفل كان سيولد بنفس الظـروف ولو مع التشخيص الصحيح ، وهو ما قد يدع مجالا للتفكير بأن محكمة استئناف AIX كان بإمكانها أن تصل لذات النتيجة دون أن تخالف قضاء PERRUCHE ، إلا أنها فضلت ألا تواري حكمها خلف أحد هذه العناصر المستمدة من وقائع الدعوى ، ورفضت طلب تعويض الطفل على أساس إنكار علاقة السببية بين الخطأ الطبي وضرر الطفل من حيث المبدأ .[٢٥٠]

---

[249] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1831 .

[250] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1831 .

ثانـيا : محكمــة اســتئناف Aix تخــالف قضــاء PERRUCHE صراحة، وتنكر علاقة السببية بين الضرر والأخطاء الطبية :

وهكــذا ، وبــدلا من أن تواري محكمة استئناف AIX حكمها خلــف واقعة أن الإجهاض العلاجي للحمل لم يكن متوقعا ، فقد فصلت دون تــردد فــي المــنازعة فــي صيغة عامة مضمونها « أن الطلب المتضمن تقدير الضرر اللاحق بالطفل لا يتفق مع صحيح القانون إذ أن ما لحقه من عيب خلقي ليس مرتبطا بالفحص بالموجات فوق الصوتية بــرابطة سببية ». وهكذا فقد ثبتت على رأيها الذي تبنته سابقا بوضوح فــي ١٠ ســبتمبر ١٩٩٨ فــي ذات الدعوى ، وهكذا لم تكتف محكمة استئناف AIX بمقاومتها للحكمين الصادرين في ٢٥ مارس ١٩٩٦ من الدائــرة المدنية الأولى لمحكمة النقض [٢٥١]، بل رفضت لاحقا الانصياع لســلطة الجمعــية العمومــية المحكمة النقض . ورفضت ، على غرار محاكم الموضوع التي كان عليها اتخاذ موقف في هذه المسألة الدقيقة ، طلب تعويض الطفل على أساس عدم توافر علاقة السببية بين الخطأ في التشــخيص قبل الولادة والضرر الشخصي الذي لحق به ، وهو الأمر الــذي سيأســف له الكثــيرون دون شك لأنها لم تقتحم صراحة منطقة الضرر واجب التعويض قانونا .[٢٥٢]

---

[٢٥١] سبقت الإشارة إليهما أكثر من مرة .

[252] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1831 .

ثالثا : استخدام محكمة استئناف AIX انقطاع رابطة السببية كغطاء لرفض تعويض الطفل :

عندما أنكرت محكمة استئناف AIX وجود أي علاقة سببية بين الخطـــأ الطبي وضرر الطفل ، فيبدو أنها تغلب نظرية السبب المنتج . فطالمـــا أن الخطأ في التشخيص لم يمنع من نمو أعضاء الجنين ، ولم يحـــل دون علاجه أثناء الحمل ، فإن هذا الخطأ في التشخيص ليس هو مصدر هذه الإعاقة الخلقية العصية على العلاج . ولا يثير هذا التحليل كثـــيرا من الجدال إلا إذا تم تبني النظرية الضعيفة الأخرى في السببية وهـــي نظـــرية تعادل الأسباب ، والتي وفقا لها كان من الممكن تجنب إعاقـــة الطفل فعلا باللجوء إلى الإجهاض ، والذي كان من الممكن أن يتقرر بناء على تشخيص صحيح ، فإذا لم يأت الطفل إلى الحياة ، فإنه لـــم يكـــن ليعاني بالتأكيد من إعاقته . ومن ثم ألا يجوز التساؤل : هل أخطأ قضاة محكمة استئناف AIX عندما استندوا لغياب رابطة السببية مـــن أجـــل إحباط تطبيق حكم الجمعية العمومية الذي كان هدفه التأكيد تماما على وجودها ، طالما أن النظرية الثانية في السببية تسمح بوجود رابطة السببية ؟ [٢٥٣]

الإجابـــة بالنفي : لأنه لا يجوز البحث في رابطة السببية إطلاقا دون الـــرجوع إلـــى الوضع البديل الذي وضع فيه المضرور على أثر

---

[253] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1831 .

الخطأ : فإذا نظرنا إلى الإعاقة بمفردها باعتبارها ضررا ، فلا يمكن أن تتوافر بالنسبة لها رابطة السببية مع الخطأ الطبي في التشخيص ، حتى ولـــو باللجوء الملتوي لنظرية تعادل الأسباب ، إلا إذا كان من الممكن تجنـــبها بمفردها ، وبمعنى أوضح ، أن القول بتوافر رابطة السببية بين الخطـــأ الطبـــي والعيب الخلقي يقتضي إذن أن الحياة دون إعاقة كانت ممكنة لولا الخطأ . وهذا ما يفسر أن مجمل محاكم الموضوع ومجلس الدولـــة ، وكذلك الغالبية العظمى من الكتاب قد أصروا على إنكار أية علاقة سببية بين الخطأ في التشخيص وإعاقة الطفل .[٢٥٤]

وإذا كانـــت مسألة علاقة السببية قد بدت بالنسبة للبعض مجرد تحصيل حاصل لا مضمون لها [٢٥٥]، فمن المحتمل أن يكون ذلك بسبب ســـوء فهم لطبيعة الضرر محل الاعتبار في الدعوى ، فعلى الرغم من العـــبارات التـــي استخدمها حكم PERRUCHE ، فإن الضرر الذي قصـــده هـــذا الحكـــم لـــيس هـــو الإعاقـــة في حد ذاتها ولكنها الحياة

[٢٥٤] وفـــي هـــذا السياق يطرح البعض سؤالا في غاية الذكاء : هل سيكون الكتاب الذيـــن يؤيدون وجود علاقة السببية هذه مستعدين للموافقة على أن الطفل يجوز له المطالـــبة بمسئولية الطبيب عن كل ضرر يصيبه طيلة حياته ؟ الراجح أن إجابتهم ستكون بالنفي ، ورغم ذلك فيمكن القول أن أيا من هذه الأضرار لم يكن ليحدث لو لـــم يكن الطبيب قد وقع في الخطأ . راجع هامش ٩ ص ١٨٣٢ من مقالة Cyril BLOCH سالفة الذكر .

[255] lapalissade sans portée : P. JOURDAIN, obs. Sous cass. Civ. 26 mars 1996 , RTD Civ. 1996 p. 623 .

المنقوصة[٢٥٦] بسبب هذه الإعاقة وحينئذ فقط يمكن التأكيد دون حيلة أن هـناك رابطة سببية لهذا الضرر مع الخطأ في التشخيص قبل الولادة . ولكـن المناقشة تنتقل بشكل طبيعي من مسألة وجود رابطة السببية إلى مسألة وجود ضرر واجب التعويض قانونا .[٢٥٧]

رابعا : المعنى الحقيقي لحكم استئناف AIX : الرفض الضمني لضرر الحياة المنقوصة préjudice de vie diminuée :

عـندما رفضـت محكمة استئناف AIX تعويض الطفل ، فإنها تكون قد حسمت ضمنا مسألة الضرر واجب التعويض . فقد رفضت أن تعتـبر الحـياة ، حـتى ولـو منقوصة أو معاقة ، بمثابة ضرر قابل للتعويض قانونا . وهكذا ، وبغض النظر عما قد تثيره المسألة في نطاق الأخـلاق وما قد تثيره من تساهل أخلاقي ، فهناك من الناحية القانونية تنافر قانوني واضح بين فكرتي الضرر والحياة المعاقة : فوجود الضرر يفترض حدوث اعتداء على مصلحة مشروعة محمية قانونا ، ومن أجل إثبات ذلك ، ينبغي مقارنة الوضع الحالي بذلك الذي كان سيكون الأمر عليه في الغالب لو لم يحدث الفعل المدعى بأنه قد أحدث الضرر . وفي موضوعنا فإن هذه المصلحة المعتدى عليها لا يمكن أن تكون إذن سوى عدم الحياة . وهنا نتساءل : هل هناك حاجة للقول بأن الحياة الإنسانية ،

---

256 la vie diminuée .

257 Cyril BLOCH : op. cit. p. 1832 .

أيا كانت ، ليست خسارة على الإطلاق ، وأن عدم الحياة ليس مصلحة مشروعة محمية قانونا ؟ رضينا أم لا ، فالخيار الذي نجد أنفسنا أمامه بيـــن حـــياة معاقة وبين عدم الحياة على الإطلاق يمنع في حد ذاته من اعتـــبار الحياة المعاقة بمثابة ضرر ، فينبغي من أجل أن نقرر ذلك أن يكـــون للعـــدم قـــيمة أعلـــى من الحياة المعاقة [٢٥٨]، وهو ما لا يجوز قانونا.[٢٥٩]

وتـــبقى أخـــيرا حجـــة المدافعيـــن عن قضاء PERRUCHE والمتمـــثلة في أن المسألة تطرح بذات العبارات بصدد الضرر اللاحق بالوالدين ، وهو الضرر الذي لم يكن مبدأ التعويض عنه محلا لمثل هذا الجدال [٢٦٠]. كما احتجوا بوجود تناقض في رفض التعويض عن ضرر الطفـــل من ناحية والموافقة عليه من ناحية أخرى بالنسبة للوالدين رغم أن ضـــررهما لـــيس سوى ضررا مرتدا عن ضرر الطفل [٢٦١]. وهذه الحجة ليست قاطعة على الرغم من ذلك . فطالما أن القانون يعطي الأم الحـــق في تقرير ما إذا كان الطفل الذي تحمله يجب أن يأتي إلى الحياة

---

[٢٥٨] راجع مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE في دعوى PERRUCHEالأسبوع القانوني ص ٢٣٠٧.

[259] Cyril BLOCH : op. cit. p. 1832 .

[260] Jean-Luc AUBERT : L'indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas du être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) : D. 2001 chron. P. 490 .

[261] G. VINEY : Obs. Sous CE 14 février 1997 , JCP G. 1997 ,I, 4025 .

أم لا ، فإن عدم تشخيص المرض المستعصي يشكل دون جدال اعتداء علـــى مصـــلحة محمية قانونا خاصة بها ، يتم التعويض عن الاعتداء عليها استقلالا عن ضرر الطفل على فرض وجوده .[٢٦٢]

---

262 Cyril BLOCH : op. cit. p. 1832 .

وراجع أيضا في الرد على هذه الحجة :

François CHABAS : Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2310 .

المطلب الثاني

القضاء الثاني للجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٣ يولية ٢٠٠١ الإصرار على المبدأ المقرر في حكم PERRUCHE ولكن مع تأييد قضاء محاكم الاستئناف برفض التعويض

الفرع الأول

نص أحكام الجمعية العمومية الصادرة في ١٣ يولية ٢٠٠١ [٢٦٣]

---

[٢٦٣] راجع نص هذه الأحكام على موقع محكمة النقض الفرنسية على شبكة الإنترنت وسنذكر صفحة الإنترنت الخاصة بكل منها كل في حينه ، وراجع أيضا على ذات الموقع : مذكرة المحامي العام :

Conclusions de M. SAINTE-ROSE, Avocat general :
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-17359conc.htm

هــذا وقــد تــم التنويه في مقدمة هذه المذكرة إلى أنها تنسحب إلى الطعون الثلاثة المنظورة أمام الجمعية العمومية لمحكمة النقض في ١٣ يولية ٢٠٠١ .

وكذلك تقرير المستشار المقرر :

Rapport de M. BLONDET, Conseiller rapporteur :
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-17359rap.htm

هــذا وقــد تــم التنويه في مقدمة هذا التقرير إلى أنه ينسحب إلى الطعون الثلاثة المنظورة أمام الجمعية العمومية لمحكمة النقض في ١٣ يولية ٢٠٠١ .

وراجــع نص هذه الأحكام أيضا والمذكرة والتقرير المذكورين على موقع : **(تجمع الآباء ضد الخوف من الإعاقة على أثر حكم Perruche)** على شبكة الإنترنت :

Collectif des parents contre l'handiphobie suite à l'arrêt Perruche
http://www.handicap-savoir.com/handiphobie/13jui/478_13_07_01.htm =

الحكم الأول : [٢٦٤]

حيث أنه وفقا للحكم المطعون فيه [٢٦٥]، فقد وضعت Mme X... في ٣١ أكتوبر ١٩٨٩ طفلة مصابة بتشوه في العمود الفقري أدى لأعراض جسيمة [٢٦٦]؛ وحيث رفع الزوجان X... دعوى تعويض عن الضرر اللاحق بابنتهما ضد MM. Y... et Z... ، وهما طبيبا النساء والولادة اللذان استشارتهما الأم خلال مدة حملها ، آخذين عليهما أنهما قد ارتكبا أخطاء في مطالعة فحص الموجات فوق الصوتية الذي تم بعد الأسبوع العاشر من الحمل ، الذي لم يسمح باكتشاف هذه التشوهات .

وحيث ينعى الزوجان على الحكم أنه قد رفض هذا الطلب ، في حين أنه وفقا لما قرراه :

- وراجع نص الأحكام أيضا في :

Gaz. Pal., 7-8 septembre 2001 p.26 , note : Jean GUIGUE ; JCP 2001, n° 40, II, 10601, note : François CHABAS ; D. 2001, n° 29, p. 2325, note : Patrice Jourdain .

وراجع نص مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE في الدعاوى الثلاث أيضا في :

JCP 2001, n° 40, II, 10601 p.1833 et s.

264 http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-17359arr.htm
Arrêt n° 478 ; 13 juillet 2001 ; pourvoi n° 97-17.359 ; Cour de cassation - Assemblée plénière ; Rejet ; Demandeur(s) à la cassation : époux X... ; Défendeur(s) à la cassation : M. Y... et autres .

265 Versailles, 12 juin 1997 .

266 spina-bifida entraînant de graves séquelles .

(١) أنه يجوز الحكم ضد المدين بدفع تعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزام، وحيث أن محكمة الاستئناف ، قد أثبتت خطأ الممارسين اللذين لم يشخصا تشوه العمود الفقري ، فحرما الوالدين من رخصة اللجوء إلى الإجهاض الإرادي العلاجي للحمل ، وعلى الرغم من ذلك فقد رفضت تعويض الضرر اللاحق بالطفل الذي حرم ، قبل ميلاده ، من خيارات كانت مقررة لوالديه من أجله ، ومن ثم فإنها تكون قد خالفت المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ من التقنين المدني .

(٢) أنه لما كان من الجائز تعويض الطفل إذا كان من الممكن تجنب نتائج ميلاده بالعدول عن إنجابه ولم يتح ذلك بسبب خطأ الطبيبين النابع من التزامهما بالإعلام ، ولما كانت محكمة الاستئناف قد اعترفت بأن الممارسين قد حرما الوالدين من مكنة اللجوء إلى الإجهاض الإرادي العلاجي للحمل ، ورفضت دعوى الطفل ، بسبب أنه لم يكن من المؤكد أن إجهاض الحمل كان سيسمح به ، ودون أن تبحث عما إذا كان الطفل لم يفقد فرصة أنه كان من الممكن السماح بهذا الإجهاض ، وذلك بسبب خطأ الطبيبين ، فإنها تكون قد جردت حكمها من أساسه القانوني بالنظر إلى المادتين ١١٣٧ و ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

ولكـــن حيث أنه يجوز للطفل المولود معاقا المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته إذا كان لهذا الضرر علاقة سببية مباشرة مـــع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب في تنفيذه للعقد المبرم مع أمه والتي منعـــت هـــذه الأخيرة من مباشرة خيار إجهاض حملها ؛ وأنه يجب في

حالـــة الإســـقاط من أجل غرض علاجي ، أن يثبت أن الشروط الطبية التـــي تطلبـــتها المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد توافرت جمـــيعا ؛ ولما كان هذا الأمر لم يتحقق ، فإن حكم محكمة الاستئناف ، ولهذا السبب وحده ، يكون قد صادف صحيح القانون .[٢٦٧]

لهذه الأسباب : حكمت المحكمة برفض الطعن .

[267] Mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique étaient réunies ; qu'ayant constaté qu'il n'en avait pas été ainsi, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa decision .

الحكم الثاني : [٢٦٨]

حيث أنه وفقا للحكم المطعون فيه [٢٦٩]، فقد وضعت ...Mme X في ٥ يولية ١٩٩٥ ، طفلا فاقدا لذراعه الأيسر ومصابا بتشوهات في الطرف العلوي الأيمن ، وحيث رفع الزوجان ...X دعوى تعويض عن الضرر اللاحق بابنهما ضد ...Mme Y ، طبيبة النساء والولادة التي استشارتها الأم خلال مدة حملها ، آخذين عليها أنها قد ارتكبت أخطاء في مطالعة فحص الموجات فوق الصوتية الذي تم بعد الأسبوع العاشر من الحمل ، الذي لم يسمح باكتشاف التشوهات .

وحيث ينعى الزوجان على الحكم أنه قد رفض طلبهما ، في حين أنه وفقا لما قرراه ، أن أخطاء الطبيبة التي دفعت الوالدين للاعتقاد بأن نمو طفلهما المستقبل طبيعي ، هي المسببة للضرر اللاحق بهذا الطفل الذي ولد معاقا ، على الأقل من ناحية أنه لم يستفد من خيار والديه بشأن الإسقاط المحتمل للحمل ؛ وأن الثابت من الحكم أن الطبيبة قد خالفت التزاماتها بعدم اكتشاف التشوهات التي كان الطفل يعاني منها خلال الحمل ؛ وأن محكمة الاستئناف عندما رفضت أي تعويض لهذا الطفل ، فإنها تكون قد خالفت المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

---

268 http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-19282arr.htm
Arrêt n° 479 ; 13 juillet 2001 ; pourvoi n° 97-19.282 ; Cour de cassation - Assemblée plénière ; Rejet ; Demandeur(s) à la cassation : époux X... ; Défendeur(s) à la cassation : Mme Y... et autre .

269 Metz, 6 mars 1997 .

ولكن حيث أن الطفل المولود معاقا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته إذا كان لهذا الضرر علاقة سببية مباشرة مـــع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب في تنفيذه للعقد المبرم مع أمه والتي منعـــت هـــذه الأخيرة من مباشرة خيار إجهاض حملها ؛ وأنه في حالة الإســـقاط من أجل غرض علاجي ، يجب أن يثبت أن الشروط الطبية التـــي تطلبـــتها المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد توافرت جمـــيعا ؛ ولما كان هذا الأمر لم يتحقق ، فإن حكم محكمة الاستئناف ، ولهذا السبب وحده ، يكون قد صادف صحيح القانون ؛

لهذه الأسباب : حكمت المحكمة برفض الطعن .

الحكم الثالث : [٢٧٠]

حيث أنه وفقا للحكم المطعون فيه [٢٧١]، فقد وضعت ...Mme X في ١٥ مايو ١٩٩٠ ، طفلا اسمه Thomas ، مصابا بتشوه في العضو العلوي الأيمن ؛ وحيث رفع الوالدان [٢٧٢] ...X دعوى تعويض ضد .M

---

[270] http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-19282arr.htm
Arrêt n° 480 ; 13 juillet 2001 ; pourvoi n° 97-19.190 ; Cour de cassation - Assemblée plénière ; Rejet ; Demandeur(s) à la cassation : Consorts X... ; Défendeur(s) à la cassation : M. Y... et autres .

[271] Aix-en-Provence, 9 avril 1998 .

[٢٧٢] استعمل الحكم لفظ الخليلين أو الشريكين ...les consorts X بدلا من لفظ الزوجين عند الحديث عن والدي الطفل مما يتضح منه أن الطفل كان مولودا من علاقة معاشرة بدون زواج أو معيشة مشتركة concubinage ، وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم ينظم هذه العلاقة تنظيما شاملا مثل الزواج إلا أن هذه الفكرة لم تعد مجردة من أي سند قانوني بل وجدت لها صدى في نصوص متفرقة في القانون الفرنسي ، بحيث يمكن القول أن هذه الفكرة لم تعد متعارضة مع النظام العام أو الآداب في القانون الفرنسي ، ومن هنا وجدنا من الفقه الفرنسي من ينادى بضرورة وضع نظرية عامة وتنظيم قانوني كامل للمعيشة المشتركة خارج نطاق الزواج في القانون المدني الفرنسي :
Clotilde BRUNETTI-PONS : L'émergence d'une notion de couple en droit civil . RTD civ. (1) janv.-mars 1999 p. 27 et s.
ولذلك فإننا ننوه إلى أن قبول طلب التعويض من الأبوين لم يقابل بأي دفع في الدعوى ينازع في صفتهما كنائبين قانونيين عن طفلهما لكونه مولودا من علاقة معيشة مشتركة بدون زواج ، ويعد هذا تطبيقا جديدا لاعتراف القضاء الفرنسي بآثار هذه العلاقة شأنها شأن الزواج . راجع في هذه النقطة تفصيلا وفي أمثلة مختلفة لاعتراف القضاء الفرنسي بآثار هذه العلاقة من الناحية القانونية : =

Y... ، طبيب النساء والولادة المكلف بمتابعة الحمل ، عن الأضرار الناتجة عن إعاقة ابنهما Thomas .

وحيث ينعى الوالدان على الحكم أنه قد رفض طلبهما بالتعويض، في حين أنه ، وفقا لما قرراه ، كان من الثابت أنهما كانا قد أعلنا عن إرادتهما في اللجوء إلى الإجهاض العلاجي في حالة التشوه ، ولكن أخطاء الطبيب ، الذي أساء تشخيص التشوه و لم يبذل كل العناية الضرورية في فحص تكوين الجنين ، قد دفعت الوالدين إلى الاعتقاد على خلاف الحقيقة بأن طفلهما كان سويا ؛ وهو ما يستخلص منه أن أخطاء الطبيب هي حقا السبب المباشر للميلاد وللإعاقة التي تعرض لها الطفل ؛ وأن محكمة الاستئناف وقد رفضت على الرغم من ذلك تعويض الوالدين ، سواء باعتبارهما مدعين عن نفسيهما أم بصفتهما ممثلين قانونيين لطفلهما ، بسبب الغياب المزعوم لعلاقة السببية بين الضرر وأخطاء الطبيب ، ولم تستخلص النتائج القانونية لما أثبتته بنفسها ، تكون قد خالفت المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

ولكن حيث أن الطفل المولود معاقا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته إذا كان لهذا الضرر علاقة سببية مباشرة مـــع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب في تنفيذه للعقد المبرم مع أمه والتي

= أسامة أبوالحسن مجاهد : التعويض عن الضرر الجنسي ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ ، ص١٧٣ وما بعدها وهامش ٢٣٩ بصفة خاصة .

منعـــت هـــذه الأخيرة من مباشرة خيار إجهاض حملها ؛ وأنه في حالة الإســـقاط من أجل غرض علاجي ، يجب أن يثبت أن الشروط الطبية التـــي تطلبـــتها المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد توافرت جمـــيعا ؛ ولما كان هذا الأمر لم يتحقق ، فإن حكم محكمة الاستئناف ، ولهذا السبب وحده ، يكون قد صادف صحيح القانون ؛

لهذه الأسباب : حكمت المحكمة برفض الطعن .

الفرع الثاني

الفقه المنتقد لقضاء ١٣ يولية ٢٠٠١

لقد كان الجميع في انتظار هذه الأحكام الثلاثة ، وذلك لمعرفة ما إذا كانت محكمة النقض سوف تحافظ على قضائها الذي قررته في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ والذي ألزم طبيبا ومعملا للتحاليل بتعويض إعاقة الطفل لعدم اكتشافهما للحصبة الألمانية التي أصابت الأم أثناء حملها .[٢٧٣]

ولكـــن الحل الذي أخذت به المحكمة مؤخرا لم يكن حاسما على خـــلاف ما كان متوقعا . فقد كان الخطأ الذي ارتكبه المهنيون في حكم ١٧ نوفمـــبر ٢٠٠٠ ، والمتمـــثل فـــي تفسير خاطئ لاختبار الحصبة الألمانـــية ، مؤكدا ، وذلك على العكس من الدعاوى التي صدرت فيها أحكـــام ١٣ يولـــية ٢٠٠١ ، فهـــذه الأحكام الثلاثة كانت تتعلق جميعا بإجـــراء فحـــوص بالموجـــات فـــوق الصـــوتية لم تسفر عن اكتشاف الممارسين لحالة الأجنة التي تم فحصها ومن ثم فلم يتم إعلام الأمهات بها ، ومن الملاحظ أنه قد طرحت في العديد من المؤتمرات مشكلة أن الفحوص بالموجات فوق الصوتية تتسم بنوع من الحساسية والدقة بصفة خاصـــة ، وكـــان مـــن الممكن أن تأخذ محكمة النقض هذه الصعوبات الخاصـــة بهـــذه الفحوص في الاعتبار لكي تقرر أن الخطأ في مطالعة صـــورة الأشـــعة الخاصـــة بالفحص لا يبرر الحكم ضد الأخصائيين

---

[273] Jean GUIGUE : Note sous Cass. assemblée plénière 13 juillet 2001 (3 arrêts) , Gaz. Pal., 7-8 septembre 2001 p.27 .

بالتعويض عن إعاقة المولود الجديد [٢٧٤]، والتي لم يكونوا مسئولين عنها علـــى الإطـــلاق عـــلاوة على ذلك ، وهو الموقف الذي اجتمعت عليه محـــاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والتي اطرد قضاؤها على أنه لا يجوز الحكم ضد الممارس بتعويض الأضرار اللاحقة بالطفل طالما لم تتوافر بين أخطائه والأضرار المدعى بها علاقة السبب بالنتيجة .[٢٧٥]

وعلـــى الـــرغم من هذا الخلاف بين الدعاوى الحالية والدعوى الســـابقة فيما يتعلق بمدى ثبوت الخطأ الطبي ، فلا شك في وجود صلة قانونية دقيقة بين حكم PERRUCHE ، والدعاوى الحالية ، فالمشكلة القانونية الرئيسة المثارة في هذه الدعاوى لا تتعلق بخطأ الطبيب ، ولكن فقط بوجود علاقة السببية بين الخطأ الواقع وضرر الطفل .

وهـــنا يملـــي المـــنطق القانوني على محكمة النقض أنها ما لم تـــتراجع عـــن قضائها السابق في دعوى PERRUCHE ، فيجب أن تطبقه على دعاوى ١٣ يولية ٢٠٠١ الثلاث ، وكانت محاكم استئناف

---

[٢٧٤] ويشير البعض بشأن خطأ طبيب التشخيص بالموجات فوق الصوتية أنه من المهم ملاحظة أن التشخيص بالموجات الصوتية ليس تقنية لا تخطئ ، وأنه في بعض الفروض لا يمكن تشخيص التشوه على الرغم من أن ممارس التشخيص قد أوفى بالتزامه ببذل العناية اللازمة ، إما بسبب طبيعة التشوه نفسه الذي لا يقبل التشخيص المبكر وإما بسبب الظروف التي تم فيها هذا الفحص .

Nicolas GOMBAULT : La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un foetus . Gaz. Pal. numéro spécial Droit de la santé , 14 juillet 1996 , p.73 .

[275] Jean GUIGUE : op. cit. p. 27 .

Versaille و Metz و Aix-en-Provence قـد رأت فـي الأحكام الـثلاثة المطعون فيها ، وذلك قبل صدور حكم ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ في الحقـيقة ، أنه لا يمكن أن توجد رابطة سببية بين الأضرار المدعى بها والأخطـاء التـي وقعـت ، وكان هذا التحليل متفقا مع القضاء السائد لمحاكم الموضوع في هذه المسألة ، ومـن ثـم فكان من المنتظر أن تقضي محكمة النقض بنقض هذه الأحكام .[٢٧٦]

وهكـذا ، وبـنوع من الألاعيب البهلوانية القانونية [٢٧٧]، أعادت محكمة النقض التأكيد على المبدأ الذي أرسته في حكم PERRUCHE ولكنها رفضت الطعون المرفوعة ضد هذه الأحكام رغم ذلك ! أي أنها أيـدت قضـاء محـاكم الاسـتئناف الذي رفض الحكم بتعويض الطفل المعاق.

ويمكن تفسير هذه الخطوة لمحكمة النقض بالاستنكار الذي أثاره حكم PERRUCHE ، وجدير بالذكر أن هذا الحكم قد صدر بالمخالفة لرأي المحامي العام SAINTE-ROSE الذي كان قد سلط الضوء بدقة على الأسباب القانونية والأخلاقية التي تدين الحل الذي تبنته المحكمة ، وهكـذا ، احتفظـت محكمـة الـنقض بقضائها مع ترضية ممارسي التشخيص بالموجات فوق الصوتية على الرغم من الجهد الذي بذلوه في

---

[276] Jean GUIGUE : op. cit. p. 27 .

[277] acrobatie juridique : Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

إثارة النقد ضد قضائها .[٢٧٨] وهو ما دفع البعض إلى القول صراحة بأن محكمـــة الـــنقض قد تبنت في أحكامها هذه حلا وسطا واستنتج من ذلك أنها تعتبر قضاءها في حكم PERRUCHE ذا طابع استثنائي .[٢٧٩]

وســـنتناول فيما يلي أهم أوجه النقد التي وجهت لأحكام الجمعية العمومية الثلاث ، مع تناولها ببعض الإيضاح :

١- تشابه ظروف الدعاوى الثلاث مع دعوى PERRUCHE :[٢٨٠]

تـــتلخص وقـــائع الدعاوى الثلاث التي صدرت فيها أحكام ١٣ يولية فيما يلي :

---

[278] Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

[279] « En choisissant de refuser l'indemnisation des enfants dans le cas d'avortements thérapeutiques, la Cour a choisi *une voie médiane* : tout en réaffirmant sa jurisprudence Perruche, elle en a confirmé le caractère d'exceptionnalité ». Cécile PRIEUR : La Cour de cassation confirme sa "jurisprudence Perruche" tout en la nuançant . LE MONDE 13/07/2001 11 h.47 .

راجع المقال المذكور على موقع صحيفة LE MONDE على شبكة الإنترنت :
http://www.lemonde.fr/article/0%2C5987%2C3226--207709-%2C00.html
ومن اللافت للنظر أن هذا المقال قد نشر على موقع الصحيفة المذكورة في الحادية عشر وسبعة وأربعين دقيقة صباح نفس يوم صدور الحكم مصحوبا بهذا التعليق وهو ما يفصح عن الترقب والاهتمام الذي لاقته هذه المسألة في فرنسا .

[٢٨٠] راجع :
Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 ; François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1842.

فـــي الدعــوى الأولـــى [٢٨١]: أصـــيب الطفل بتشوه في العمود الفقري [٢٨٢] نتج عنه شلل في الأطراف السفلية ، واستسقاء بالرأس وعدم تحكـــم فـــي العضـــلة العاصرة الشرجية مع اضطراب عصبي بالمثانة مصاحب للشلل .

وفـــي الدعـــوى الثانية [٢٨٣]: ثبت لمحكمة الاستئناف أن المولود الجديد قد ولد دون الذراع الأيسر كما كان الذراع الأيمن والكف اليمنى مصابين بتشوهات جسيمة .

وفي الثالثة [٢٨٤]: ثبت للمحكمة أن الطفل قد ولد مصابا بتشوه في العضو الأعلـــى الأيسر ، كما أن الساعد لم يكن سوى عبارة عن عظمة واحدة تنتهي بإصبع واحد .

ولمـــا كانت هذه الحالات تتنافس على نحو واسع في الخطورة والجســـامة مـــع الحالة الواردة بحكم PERRUCHE ، فإنها تستحق معاملـــة مماثلـــة ما لم تكن محكمة النقض ستعدل عن قضائها ، ومن المناســـب أن نتذكر أن الجمعية العمومية لمحكمة النقض قد نقضت في الحكـــم المذكـــور حكـــم محكمة استئناف Orléans وذلك « طالما أن

---

[٢٨١] استئناف Versailles في ١٢ يونية ١٩٩٧ .

[282] un spina bifida .

[٢٨٣] استئناف Metz في ٢٦ مارس ١٩٩٧ .

[٢٨٤] استئناف Aix في ٩ أبريل ١٩٩٨ .

الأخطـــاء التـــي ارتكبها الطبيب والمعمل في تنفيذ العقود المبرمة مع السـيدة PERRUCHE قد حالت بينها وبين مباشرة خيارها في إسقاط حملهـــا بغـــرض تجنـــب ولادة طفل معاق ، فإن هذا الأخير يجوز له المطالـــبة بالـــتعويض عن الضرر الناتج عن هذه الإعاقة والذي سببته الأخطاء التي ارتكبت ».

٢- الجمعـــية العمومـــية تتمسك بالمبدأ السابق ، ولكنها تؤيد رفض تعويـــض الطفـــل بحجة عدم توافر شروط الإجهاض الإرادي للحمل ، وهو ما لم تتناوله أحكام الاستئناف :

وعلـــى الـــرغم مـــن هذا التشابه بين الدعاوى الثلاث الحديثة ودعـــوى PERRUCHE ، فـــإن الجمعية العمومية قد تبنت فيها حلا مختلفا ولا يخلو من المباغتة . ومن المؤكد أن غير القانوني لا يستطيع أن يفهم هذه المغايرة في تناول ذات المشكلة ... بل والقانوني أيضا إلى حـــد ما ، فقد رفضت الجمعية العمومية في الأحكام الثلاثة الصادرة في يولـــية ٢٠٠١ الطعون المرفوعة ضد هذه الأحكام الثلاثة ، ومن ثم فقد أيـــدت محاكم الاستئناف في رفضها لتعويض الطفل المعاق ، ولكنها قد أكدت مع ذلك على المبدأ المقرر بحكم ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ .

فقـــد كـــررت ذات المـــبدأ الأساســـي الـــذي أرســـته في حكم PERRUCHE في الأحكام الثلاثة ، فقضت فيها جميعا بأن « الطفل المولـــود معاقـــا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن

إعاقته إذا كان لهذا الضرر علاقة سببية مباشرة مع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب في تنفيذه للعقد المبرم مع أمه والتي منعت هذه الأخيرة من مباشرة خيار إجهاض حملها ».

ولكن من أجل أن تتجنب الجمعية العمومية نقض الأحكام المطعون فيها فقد أضافت على الرغم من ذلك : « أنه في حالة الإسقاط لغرض علاجي ، يجب أن يثبت أن الشروط الطبية المطلوبة وفقا للمادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد تحققت [٢٨٥]؛ ولما لم يكن الأمر كذلك ، فإن محكمة الاستئناف ، ولهذا السبب وحده ، تكون قد بررت حكمها قانونا » .

ولكن مطالعة الأحكام المطعون فيها تفصح عن أن محاكم الاستئناف المعنية لم تأخذ بهذا السبب في أحكامها إطلاقا .

وهكذا ، تستند الجمعية العمومية إلى أحكام المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة (L.162-12 سابقا) من أجل تبرير رفض التعويض ، فعلى أي شيء ينص هذا النص ؟ إنه يسمح للمرأة الحامل بإجراء الإجهاض الإرادي للحمل في أي وقت طالما أنه توجد احتمالات قوية بأن الطفل المنتظر ولادته سيكون مصابا بداء ذي جسامة خاصة ومستعص العلاج لحظة التشخيص وبشرط أن يشهد طبيبان بذلك ، وهكذا فقد رأت الجمعية العمومية أن شروط هذه المادة لم تتحقق ، ومن

---

[٢٨٥] المقابلة للمادة 12-162 من تقنين الصحة العامة قبل تعديله في ٤ يولية ٢٠٠١

ثـــم فقـــد رفضـــت الطعـــون المـــرفوعة ضـــد الأحكام التي رفضت التعويض.[٢٨٦]

لقـــد كـــان باســـتطاعة محكمة النقض إما الرجوع في قضائها السابق الذي أثار خلافا كبيرا والموافقة على الأحكام المطعون فيها بلا قيد أو شرط ، وإما أن تنقض هذه الأحكام مستخدمة ذات عبارات حكم ١٧ نوفمـــبر ٢٠٠٠ وأن تدعـــو محكمـــة الإحالـــة إلـــى تعويـــض المضرورين.

لقد استندت محاكم الاستئناف لسبب رئيسي وهو أن أي تعويض عن الضرر اللاحق بالطفل لا يكون متصورا إلا إذا كانت هناك علاقة سببية بين الأخطاء التي وقعت والأضرار المدعى بها . ***وكانت أحكامها واضـــحة تمامـــا فـــي هذا المعنى*** . فهي لم تقل شيئا آخر وأخذت في اعتـــبارها الحجـــج التي أبدتها محكمة استئناف Orléans في ٥ يونية ١٩٩٩ . ومـــن ثـــم فقـــد كـــان السؤال المعروض عليها واضحا دون غموض : هل يجب اعتبار خطأ الطبيب القائم بالفحص بالموجات فوق الصـــوتية في الكشف المبكر للعيب الخلقي سببا كافيا لقيام مسئوليته ؟ ســـتكون الإجابـــة بالنفي حتما إذا تقرر أنه لم تكن هناك أية علاقة بين الخطأ والضرر ، وبالإيجاب في الحالة العكسية .

---

[286] Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

لقـــد كان الوضع في هذه الدعاوى الثلاث مشابها في كل نقاطه لحالـــة دعوى PERRUCHE : فقد كانت الإعاقات جسيمة على نحو خـــاص ، ومستعصـــية على الشفاء ولم تكتشفها الفحوص السابقة على الـــولادة ، وعلى خلاف كل ما كان متوقعا فقد أسست الجمعية العمومية رفض التعويض على الرغم من ذلك على المادة L.162-12 من تقنين الصحة العامة والتي لم تشر إليها إطلاقا في حكم PERRUCHE .

وهكـــذا رفضـــت محكمة النقض طلبات التعويض التي رفعتها المدعـــيات باسم أطفالهن المعاقين ***طالما أنهن لم تثبتن بواسطة طبيبين أن الأطفـــال المنـــتظر ولادتهـــم كانوا مصابين بإعاقة مستعصية على الشـــفاء علـــى الـــرغم مـــن أنه لم يتم إعلامهن بذلك . وهو منطق غريـــب!***[٢٨٧] ، فهذه الشروط لازمة لإجراء الإجهاض وتفترض أن الأم كانـــت عالمة بإعاقة الجنين المحتملة ، أما القضايا المطروحة فالواضح فيها أن الأم لم تكن تعلم بالإعاقة وهو ما لا يتصور معه أن تطرح معه مسألة إثباتها لتوافر شروط الإجهاض المطلوبة بتقنين الصحة العامة . فلـــم يكـــن باســـتطاعة الأمهات إثبات ذلك خلال الحمل لعدم إعلامهن بالعيـــب الخلقي ، ولا بعد الوضع أخذا في الاعتبار صياغة هذه المادة التي تحصر استشارة الطبيبين في فترة الحمل فقط .[٢٨٨]

---

[287] Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

[٢٨٨] راجع في هذا المعنى :

Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

٣- عـــدم صـــحة تسبيب الأحكام استنادا لعدم توافر شروط الإجهاض العلاجي :

يضاف إلى ذلك أن هذا المنطق ليس مؤكدا ، فلكي يكون الخطأ مسببا للضرر على هذا النحو ، فإنه ينبغي أن يضاف إليه كقاعدة عامة شـــرطين همـــا إرادة الأم ، وتشـــخيص الطبيبيـــن الذي تطلبته المادة L.2213-1 مـــن تقنيـــن الصـــحة العامـــة في حالة الإجهاض لغرض علاجي. ولا يبدو أن الشرط الأول قد تحقق بوضوح وعلى نحو مؤكد إلا في حالة واحدة من الثلاثة (وبشرط أن يكون من المؤكد أن الأم قد أصـــرت علـــى نيـــتها للـــنهاية) ، أمـــا الثاني فقد تخلف في الدعاوى الثلاث.[٢٨٩]

إذن فهـــل ينبغـــي أن ننتقل إلى ملعب فقدان الفرصة ، كما فعل ذلك أحد الطعون بجرأة بالغة عندما أخذ على الطبيب أنه قد أضاع على الطفـــل فرصة السماح بالإجهاض الذي كان من الممكن الحصول عليه أو، كما قال آخرون ، فرصة أن تتخذ الأم القرار ؟ إن في ذلك المنطق خطـــأ في فهم معنى فوات الفرصة ، فالفرصة هي احتمال موضوعي لتحقـــيق حدث لا يعتمد على إرادة إنسانية محضة ، وربما يكون الأمر كذلـــك بشـــأن شهادة الطبيبين ، لأن التشخيص لا يعتمد على أهوائهما ولكـــن علـــى معطيات موضوعية يرتهن بها قرارهما بصفة مطلقة ،

---

[289] François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1842.

وكلما زاد وضوح هذه المعطيات كلما زاد احتمال موافقة الطبيبين ، أما بشـــان قـــرار الأم : فـــلا شيء من هذا : فتحكمها الحر son libre arbitre هو الذي يحدد قرارها ، فماذا يتبقى من الموضوعية ؟ وكيف يســـتدل علـــيها ؟ هل من إحصائية النسبة المئوية للنساء اللاتي يطلبن الإجهـــاض الإرادي للحمـــل فـــي ظروف مشابهة ؟ إنها ليست فرصا بالتأكيد .".[٢٩٠]

هذا وقد اعتمدت الأحكام الثلاثة على صياغة مفادها أنه يجب أن يثبت أن الشروط الطبية التي يتطلبها هذا النص للإجهاض العلاجي قد توافـــرت جمـــيعا ؛ بينما ينتج مما حصلته أحكام الاستئناف أن ذلك لم يـــتحقق ، وهـــي صياغة غامضة وتنم عن خطأ في التسبيب من جانب الجمعـــية العمومـــية ، فنص المادة L.2213-1 ، يشترط : « أن يشهد طبيـــبان ، بعـــد الفحص والمناقشة ، أن استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر جسيم أو أنه يوجد احتمال قوي أن يولد الطفل مصابا بداء ذي جســـامة خاصـــة مســـتعص على الشفاء وقت التشخيص » . ومن الواضح أن الحالة الثانية لهذا النص هي المطروحة هنا ، وهي احتمال وجـــود مـــرض ذي جسامة خاصة ومستعص على الشفاء ، ويبدو أن محكمـــة النقض قد قنعت بما قرره الخبراء المنتدبون من أنه في لحظة

[290] François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1842.

الاختـــبارات التي أجراها الأطباء المعالجون ، كان هناك احتمال قوي لإعاقة جسيمة ، ولكن هذا الرأي قد قادها ، إلى خطأ في التسبيب .[٢٩١]

فعلى الرغم من أن الجمعية العمومية قد استعملت صيغة موحدة في الأحكام الثلاثة وجزمت بعدم توافر الشروط الطبية للإجهاض إلا أن الأمـــر لـــم يكن واحدا في الدعاوى الثلاث حيث أنه : « في الدعوى الأولـــى ، لم يكن مؤكدا أن مثل هذا الإجراء سيسمح به ، وأنه كان من المـــتعذر إبـــداء الرأي في هذا الصدد في القضية الثانية ، كما وصف الخـــبراء إســـقاط الحمل بأنه ممكن في القضية الثالثة ».[٢٩٢] ومن ثم لم تكـــن رابطـــة السببية مؤكدة في حكمين من الثلاثة بالنظر لمدى توافر شروط الإجهاض العلاجي .[٢٩٣]

---

[291] François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1843.

[292] « Les médecins experts retiennent, dans la première affaire, qu'il n'était pas certain qu'une telle mesure eût été autorisée, qu'il était impossible de se prononcer à cet égard dans la deuxième affaire et qualifient le recours à l'interruption volontaire de grossesse de possible dans la troisième ».

راجع مذكرة مرافعة المحامي العام SAINTE-ROSE في هذه الدعاوى الثلاث والسابق الإشارة إليها بالأسبوع القانوني ص ١٨٣٦ .

[٢٩٣] راجع في هذا المعنى :

François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1843.

٤- عــدم الــتفات الجمعــية العمومــية لعدم توافر الخطأ في إحدى الدعاوى:

يضـــاف إلى ذلك أنه على الرغم من أن ثبوت الأخطاء لم يكن محــل مناقشة أمام محكمة النقض ، إلا أنه ينبغي الإشارة لما حدث من تــناقض فـــي هذا الشأن والذي يعيب أحد الأحكام الثلاثة على الأقل : فالخبراء قد أبدوا رأيهم بالتأكيد بالرجوع إلى صور الفحص بالموجات فـــوق الصوتية مثار المنازعة ، وقد أعلنوا في إحدى الدعاوى الثلاث عـــدم قدرتهـــم علـــى التشـــخيص ، فكيف يمكن أن نأخذ على الأطباء المعالجين عدم تمكنهم من ذلك ؟ وهنا فإن المسألة تتعلق بالخطأ أيضا ، علاوة على رابطة السببية .[٢٩٤]

٥- الجمعية العمومية لم تتخذ موقفا حاسما في هذه الأحكام :

ورغــم أن الفرصـــة قد سنحت لمحكمة النقض هنا للعدول عن قضـــائها الـــذي أثـــار خلافا واسعا ، فإنها لم تفعل ذلك لمجرد احترام ســـابقتها القضـــائية ، وتبرهن أحكام ١٣ يولية ٢٠٠١ على الصعوبة الـــبالغة التـــي وقعت فيها محكمة النقض بعد حكم PERRUCHE . ورغــم أن الفقـــه وكـــبار الشخصيات في عالم الطب قد حذروها من مخاطـــر هذا القضاء ، فقد فضلت في أحكام ١٣ يولية ٢٠٠١ أن تبقي علـــى المبدأ الذي قررته في الحكم السابق ، دون أن ترتب عليه النتائج

---

[294] François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1843.

التي يفرضها ، ومع ذلك فليس من المحتمل أن تستطيع محكمة النقض الحفاظ طويلا على هذا التوازن المهتز .[٢٩٥]

وقد أثارت هذه الأحكام استياء الجميع ، فقد أراد خصوم حكم PERRUCHE أن ينتصر ما يعتقدون أنه صحيح القانون ، أما أنصاره فقد دافعوا عنه من باب الشفقة ، فإذا بالفريقين يصابان بخيبة الأمل [٢٩٦]، فلا المحكمة قد عدلت عن المبدأ الذي قررته لكي تطبق صحيح القانون كما أراد خصوم حكم PERRUCHE ، ولا هي ألغت أحكام الاستئناف وأجازت تعويض الأطفال مراعاة للشفقة كما أراد أنصاره .

---

[295] Jean GUIGUE : op. cit. p. 28 .

[296] François CHABAS : Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1843.

الفرع الثالث

الفقه المؤيد لقضاء الجمعية العمومية في ١٣ يولية ٢٠٠١

يبدأ الأستاذ JOURDAIN دفاعه عن قضاء الجمعية العمومية الجديـد ، مذكـرا بقضائها السابق ، ففي غضون أقل من سنة من حكم PERRUCHE الشهير الصادر من الجمعية العمومية لمحكمة النقض والذي كرس مبدأ التعويض عن إعاقة الطفل ، كان على المحكمة منعقدة فـي جمعـية عمومية أيضا ، أن تعلن من جديد موقفها بشأن تعويض الأطفـال المولوديـن معاقيـن عما لحقهم من ضرر على أثر الأخطاء الطبـية ، وقد انتظر أعداء هذا الحكم هذه الأحكام على أمل أن تعدل المحكمـة العليا عن قضائها ، إلا أن أملهم قد خاب ، فلم تعدل محكمة الـنقض عـن مبدأ تعويض الضرر اللاحق بالطفل ، ولكنها ذكرت به بعـبارات أكـثر دقة في ثلاثة أحكام أصدرتها في ١٣ يولية ٢٠٠١ ، وذلـك علـى الـرغم من أنها قد رفضت في الدعاوى الثلاث الطعون المرفوعة ضد الأحكام التي رفضت الحكم بتعويض الطفل .[٢٩٧]

وقد تضمنت الدعاوى الثلاث التي عرضت على محكمة النقض، ارتكـاب أطـباء مـتابعة الحمـل لأخطاء تمثلت في الغالب في القيام بالفحوص بالموجات فوق الصوتية بعد الأسبوع العاشر من الحمل على

---

[297] Patrice Jourdain : Préjudice de l'enfant né handicapé : l'assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions . Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001. D. 2001, n° 29, jurisprudence , n°1 p. 2326 .

نحـــو خاطـــئ ، وكذلك في سوء استخلاص نتائج هذه الفحوص وعدم إعلام الأم بالتشوهات المصاب بها الجنين والتي كان يتعين أن يظهرها الفحـــص ، ففي الدعوى الأولى (Jessica X ...) ، كان التشوه جسيما جدا إذ كان الطفل مصابا بتشوه في العمود الفقري [٢٩٨] نتج عنه شلل في الأطـــراف السفلية ، واستسقاء بالرأس وعدم تحكم في العضلة العاصرة الشرجية مع اضطراب عصبي بالمثانة مصاحب للشلل ، وفي الدعوى الثانية (Pierrck X...) ، ولد الطفل محروما من ذراعه الأيسر ، ومن نصـــف ذراعه الأيمن وبدون الكف ، وفي الدعوى الثالثة (Thamas X...) ، كـــان هـــناك تشوه جسيم في العضو العلوي الأيمن لم يكتشفه الطبيـــب المتابع للحمل على الرغم من أنه كان من الضروري أن ينتبه له إذ سبق أن ولد الطفل الثاني للأم مصابا بتشوه خلقي وهو ما أحاطه علمـــا بأنهـــا كانت تنوي اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل إذا كان هناك تشوه في حملها .

وفـــي كل هذه الدعاوى ، أقرت محاكم الموضوع خطأ الأطباء الـــذي لـــم يكـــن محلا للجدال أمام محكمة النقض ، كما أقرت الأحكام المطعون فيها ، والمؤيدة لأحكام الدرجة الأولى ، بمسئوليتهم وألزمتهم بـــتعويض الضـــرر الشخصي للوالدين عن واقعة ميلاد الطفل معاقا ، ولكـــنها رفضت طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأطفال ذاتهم

---

[298] un spina bifida .

والتـــي رفعهـــا آباؤهم نيابة عنهم ، بعلة عدم توافر علاقة السببية بين الأخطاء الطبية وإعاقة الأطفال .[٢٩٩]

ويحـــاول الفقـــيه الكبير إزالة شبهة التناقض في قضاء الجمعية العمومـــية الأخـــير ، فـــيقرر أنـــه ***إذا كانت محكمة النقض قد رفضت الطعـــون الموجهة ضد أحكام محاكم الاستئناف الثلاثة ، ومن ثم فإنها تكـــون قـــد أيدت رفض هذه الأحكام لتعويض الضرر اللاحق بالطفل ، فلـــيس ذلك لأنها أرادت العدول عن مبدأ تعويض الطفل عن إعاقته ، ولكـــن فقـــط لأنهـــا قدرت ، بشأن هذه الدعاوى ، عدم توافر شروط الـــتعويض*** . وفضـــلا عـــن ذلك ، ولكي لا يساء تفسير أحكامها ، فقد حرصـــت على أن تذكر بهذا المبدأ بصيغة موحدة في حيثيات الأحكام الـــثلاثة : « ولكـــن حيـــث أنـــه يجـــوز للطفل المولود معاقا المطالبة بالـــتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته إذا كان لهذا الضرر علاقة ســـببية مباشرة مع الأخطاء التي ارتكبها الطبيب في تنفيذه للعقد المبرم مع أمه والتي منعت هذه الأخيرة من مباشرة خيار إسقاط حملها ».[٣٠٠]

وهـــو مـــا استتبع أن حددت المحكمة العليا الشروط التي يتعين توافرها لقبول طلب التعويض فقررت أنه « وفي حالة الإسقاط من أجل

---

[299] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°2 p. 2326 .

[300] « Mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ».

غــرض علاجــي ، يجب أن يثبت توافر الشروط الطبية التي تطلبتها المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة »[٣٠١]، ومن ثم ، وقد بدا لها أن قضـــاة الموضـــوع قد قرروا (أو أنه يستنتج مما قرروه) أن الأمر ليس كذلك ، أي أن الشروط لم تتوافر ، فإن المحكمة العليا قد اعتبرت أن أحكامهم ، ولهذا السبب وحده ، قد وافقت صحيح القانون .[٣٠٢]

ولا يخفـــي الأســـتاذ JOURDAIN ابـــتهاجه بتأكيد الجمعية العمومـــية للمـــبدأ الـــذي أرســـته فـــي ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ في دعوى PERRUCHE ، لـــيس فقط لأنه قد أيده عند صدور الحكم الأول من محكمة النقض في ذات الدعوى في ٢٦ مارس ١٩٩٦ ، ولم يغير رأيه مـــنذ ذلـــك الحين ، ولكن لأنه سيكون من المفجع - في رأيه - رؤية أعلـــى محكمـــة قضائية فرنسية منعقدة في أعلى هيئة لها تتراجع عن حكمها في فترة لا تجاوز بضعة شهور ، ولو كان ذلك قد حدث ، فإنه لـــن يعني فقط إهدارا لحقوق بعض الضحايا المنكوبين ، ولكن ، وهو الأكـــثر خطـــورة ، إهـــدارا لجانب من أهم جوانب القانون نفسه وهو المعرفة المسبقة به ، ولمصداقية النظام القضائي .[٣٠٣]

---

[301] « que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique étaient réunies ».

[302] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°3 p. 2326 .

[303] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°4 p. 2326 .

وينفـــي الأســـتاذ JOURDAIN مرة أخرى أن تكون الجمعية العمومـــية قـــد ناقضـــت نفسها في هذه الأحكام ، وذلك عندما رفضت الطعـــون ضد الأحكام التي رفضت التعويضات ، فمن الممكن حقا أن تـــثور الدهشة لرؤية محكمة النقض تتراجع على هذا النحو عن ترتيب النتائج القانونية لمبدأ تعويض الطفل المولود معاقا ، رغم أنها قد أعادت التأكيد عليه بمنتهى العظمة .

والحقـــيقة – في رأيه – أن وجود الأضرار في هذه الدعاوى لم يكـــن محـــلا للمناقشـــة ، ولكن النقاش قد دار فقط حول توافر رابطة الســـببية، التـــي أنكر قضاة الموضوع وجودها من حيث المبدأ بطريقة عامة تستبعد أي تعويض للطفل عن إعاقته ، في حين أن محكمة النقض لم تنازع في هذه الرابطة إلا لأسباب مستمدة من ظروف هذه الدعاوى، فهـــي لم تنازع في إمكانية وجود هذه الرابطة من حيث المبدأ ، ولكنها استندت لتعذر إثباتها في هذه الدعاوى ، ومن هنا كان تنويه الأحكام إلى ضرورة وجود علاقة السببية بين الإعاقة وبين الأخطاء الطبية ، وذلك من أجل أن تظهر جيدا تخلفها في موضوع الدعاوى طالما أن الشروط الطبية لإسقاط الحمل لغرض علاجي لم تتحقق .[٣٠٤]

ومـــن أجـــل فهم هذا المنطق ، ينبغي أولا التذكير بأن رابطة الســـببية لا توجد إلا إذا ثبت أن الأم كانت ستلجأ إلى إسقاط الحمل لولا

---

[304] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°6 p. 2327 .

خطـــأ الطبيب ، ويتمثل هذا الخطأ في عدم إعلام الطبيب للأم والذي لا يهــم كثـــيرا أن يكـــون هـــو نفسه ناتجا عن خطأ فني ، وهو ما يعني ضـــرورة إثبات أن الأم كانت ستجري الإجهاض إذا تم إعلامها ، فإذا كـــان قـــرار الأم بالإجهاض مؤكدا ، كما هو الحال في الدعوى الثالثة (ومـــن قـــبل فـــي دعوى PERRUCHE) لأن الأم قد أفصحت عن إرادتهـــا هـــذه ، فهـــنا ينبغي التعويض عن كل الأضرار الناتجة عن الإعاقـــة، وإذا لم يكن الأمر كذلك فلن يتم التعويض فقط إلا عن فوات فرصة الطفل في أن يرى أمه تختار إسقاط حملها .

ولكـــن هـــذا الشرط الأول ، أي اختيار الأم لإسقاط الحمل ، لا يكفي دائما ، وذلك عندما تكون مدة العشرة أسابيع المنصوص عليها في المادة L.2212-1 من تقنين الصحة العامة من أجل مباشرة الإجهاض نظـــرا لحالة الضيق لدى الأم قد انقضت لحظة ارتكاب الخطأ [٣٠٥]، ولا يكـــون أمـــام الأم إلا اللجوء إلى الإجهاض لغرض علاجي [٣٠٦]، وهنا ينبغـــي أن تتوافر متطلبات المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة والتـــي تستهدف تجنب أي انحراف عن هذا الغرض العلاجي ، فإن لم تـــتوافر هـــذه الشروط ، فإن رابطة السببية لا يمكن أن تقوم طالما لن

---

[٣٠٥] زيدت هذه المدة الآن إلى إثني عشر أسبوعا بقانون ٤ يولية ٢٠٠١ الخاص بالإسقاط الإرادي للحمل وبمنع الحمل .

[٣٠٦] المسمى بعد التعديل : لغرض طبي .

يكون بمكنة الأم أن تسقط حملها بالشروط القانونية من أجل أن تتجنب الإعاقة .[٣٠٧]

وعلى خلاف دعوى PERRUCHE ، التي لم تكن مدة العشرة أسـابيع قـد انقضـت فيها ومن ثم فلم يكن هناك محل للبحث في هذا الشرط الثاني ، فإن الإجهاض لغرض علاجي فقط هو الذي كان مازال ممكـنا فـي الدعـاوى الحالية عندما أجريت الفحوص بالموجات فوق الصوتية ، ومن ثم كان يتعين إذن التحقق من أن الشروط المشار إليها في المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد توافرت ، بمعنى أن « يشـهد طبيبان ، بعد الفحص والمناقشة ، أن استمرار الحمل يعرض صـحة المـرأة لخطـر جسيم أو أنه يوجد احتمال قوي أن يولد الطفل مصـابا بـداء ذي جسـامة خاصة ومستعص على الشفاء عند إجراء التشـخيص »[٣٠٨]، وهكذا أيدت الجمعية العمومية أحكام الاستئناف التي رفضـت طلـبات الأطفال بالتعويض ، لأن الشروط الطبية للإجهاض لغرض علاجي لم تتحقق .[٣٠٩]

ولكـن الفقـيه الكبير لم ينكر أن هذه الأحكام الصادرة في ١٣ يولية لم تكن خالية من المآخذ :

---

[307] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°7 p. 2327 .

[٣٠٨] وفقا للصياغة التي كانت سارية عند الوقائع ، وقد عدلت صياغة هذا النص بقانون ٤ يولية ٢٠٠١ سالف الذكر ، وهي لا تختلف اختلافا جوهريا عنها .

[309] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°8 p. 2327 .

وأولها : أن محاكم الاستئناف لم تتصد إطلاقا لمسألة مدى توافر شروط الإجهاض العلاجي للحمل ، فيستطرد مقررا أن محكمة النقض تـــزعم هكذا أن قضاة قد تحققوا من أن هذه الشروط لم تجتمع (حكمي Jessica X... و Pierrick X...) ، أو أن عـــدم توافرها يستنتج مما قضـــوا به (حكم Thomas) ، وهو ما ليس دقيقا تماما ، إذ لم يتضح مـــن أسباب الأحكام المطعون فيها أن القضاة قد تحققوا من عدم توافر الشـــروط الطبية للإجهاض الإرادي للحمل لغرض علاجي ، ولكن ما يمكن قوله على أكثر تقدير أن توافرها لم يكن مؤكدا . وعلى أي حال ، فإنه لم يثبت وجود احتمال قوي للإصابة بداء جسيم مستعص ، كما لم تثبت رابطة السببية على نحو مؤكد بين الأخطاء المرتكبة والإعاقة.[٣١٠]

وثانيها : أنه على الرغم من تفهمه لهذه الأحكام وتأييدها بحجة أن عبء إثبات شروط المسئولية – وبصفة خاصة رابطة السببية – يقع علـــى عـــاتق المضرور ومن ثم فعليه إذن أن يثبت شروط الإجهاض الإرادي للحمـــل لغرض علاجي . إلا أنه يتساءل : أليس في ذلك إلقاء لعبء إثبات جسيم على المضرور بطريقة تعسفية في حين أنه في هذه الدعـــاوى على وجه الخصوص ، كانت عناصر الواقع التي استظهرها قضـــاة الموضـــوع تسمح لهم بالتحقق مما إذا كانت الشروط المطلوبة بالمادة 1.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد اجتمعت ، وفي مثل هذه الظـــروف ، كان يجب على قضاة الموضوع بحث ذلك ، ولا سيما أن

---

[310] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°8 p. 2327 .

العـــيوب الخلقية المتحققة كانت ذات **جسامة خاصة** وتبدو **عصية على الشـــفاء** عـــند إجـــراء التشخيص ، بحيث كان من الجائز الاعتقاد بأن شـــروط الـــتعويض قد توافرت ، وعلى الأقل ، فإذا كان هناك شك في ذلك ، ألم يكن من المفروض أن يلجأوا لرأي الخبراء ؟

ولذلك فقد كان الأجدر في رأيه بمحكمة النقض بدلا من أن ترفض الطعون – وهو ما حمل المضرورين عواقب تقصير أكيد من جانب قضاة الموضوع وأغلق الباب بصفة نهائية أمام أية إمكانية للفصل فيما إذا كانت الشروط القانونية للإسقاط الإرادي للحمل لغرض علاجي قد توافرت – أن تنقض الأحكام مع الإحالة لكي تكون محاكم الإحالة مدعوة للفصل وفقا لسلطتها التقديرية فيما إذا كانت الشروط التي فرضتها المادة L.2213-1 من تقنين الصحة العامة قد تحققت أم لا . وكان من المتوقع ، في بعض الدعاوى على الأقل ، أن تكون الإجابة بالإيجاب .[٣١١]

---

[311] Patrice Jourdain : Note sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001, n°9 p. 2327 .

المطلب الثالث

إصرار الجمعية العمومية على موقفها
في قضائها الصادر في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١ [٣١٢]

وأعقبت الجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية ، أحكامها الثلاثة الصادرة في ١٣ يولية ٢٠٠١ بحكمين أخيرين في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١ ، تناولت فيهما ذات المشكلة ، وأصرت على المبدأ الذي أرسته من قبل ، وعلى الرغم من عدم تماثل ظروف الدعوى التي صدر فيها الحكم الأول منهما مع الدعاوى السابقة ، وهو ما انعكس على هذا الحكم بعض الشيء ، إلا أن الحكم الثاني قد جاء مطابقا تماما لقضائها السابق، ولن يستدعي الأمر هنا بحث هذين الحكمين تفصيلا إذ يغني عن ذلك ما قدمناه بشأن حكم PERRUCHE وأحكام ١٣ يولية ٢٠٠١ ، مكتفين

---

[٣١٢] راجع الحكمين الصادرين من الجمعية العمومية على موقع محكمة النقض الفرنسية على شبكة الإنترنت وسنشير لاحقا إلى صفحة الإنترنت الخاصة بكل منهما ، وراجع أيضا على ذات الموقع مذكرة مرافعة المحامي العام -SAINTE ROSE والتي أصر فيها على رأيه السابق في دعوى PERRUCHE ودعاوى ١٣ يولية ٢٠٠١ ، وتقرير المستشار المقرر BLONDET والذي تبنى موقفه السابق في دعاوى ١٣ يولية ٢٠٠١ ، وهو ذات موقف المستشار المقرر SARGOS في دعوى PERRUCHE والذي اتفق معه قضاء الجمعية العمومية .

Conclusions de M. SAINTE-ROSE, Avocat general .
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197acc.htm
Rapport de M. BLONDET, Conseiller rapporteur .
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197rapp.htm

بما قد يظهر لنا من ملاحظات عليهما ، وسنورد فيما يلي نص الحكمين مع شيء من التصرف .

الحكم الأول : [٣١٣]

« حيث أن Mme X..., وعندما كانت في الثلاثين من عمرها، قد وضعت في ٢٥ أبريل ١٩٩٧ ، طفلا مصابا بمتلازمة داون trisomie 21 ؛ وحيث رفع الزوجان X... دعوى تعويض عما أصابهما من ضرر مادي وأدبي ضد Mme Y... طبيبة النساء والولادة التي تولت متابعة حمل الأم ، وذلك لأنها لم تصف للمريضة تحليلا للسائل المحيط بالجنين رغم أنها قد طلبت منها ذلك ؛

وحيث تنعى الطبيبة على الحكم أنه قد قضى ضدها بدفع مبلغ من المال لكل من الوالدين ***تعويضا عما أصابهما من ضرر أدبي*** ، في حين أنه ، وفقا لما تنعاه :

١- أن الطبيب ليس ملزما بأن ينصح المرأة الحامل أن تجري اختبارا للكروموسومات أو للسائل المحيط بالجنين[٣١٤] إلا عندما توجد مخاطر بأن الجنين يمكن أن يكون مصابا بخلل في الكروموسومات[٣١٥]؛

---

[313] http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197arr485.htm
Arrêt n° 485 du 28 novembre 2001,Cour de cassation - Assemblée plénière Cassation partielle , Demandeur(s) à la cassation : Epoux X... Défendeur(s) à la cassation : Dr Y... .

[314] *un test chromosomique ou une amniocentèse .*

[315] *atteint d'aberration chromosomique .*

وحيــث أن محكمة الاستئناف وقد أكدت رغم ذلك على أن الأم كانت ''مريضـــة فـــي خطر''[٣١٦] بسبب اجتماع التاريخ المرضي للعائلة في الاضطراب في تركيب الكروموسومات[٣١٧]، مع الصعوبات التي وقعت خـــلال الحمليـــن السابقين ، سواء بتسمم الحمل في الحمل الأول أم في الإجهـــاض التلقائـــي الـــذي حـــدث للحمـــل الثاني دون سبب مرضي ظاهر[٣١٨]، وكانت البويضة فيه ميتة تماما ، ودون توضيح لماذا حدثت الصـــعوبات عـــند الحمليـــن السابقين ، والتي لم يكن لها أية علاقة مع اضـــطراب الكروموسومات تسمح باعتبار أن الأم كانت ''مريضة في خطر''، فإنها تكون قد جردت حكمها من الأساس القانوني بالنظر إلى المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

٢- أن قـــيام المســـئولية المدنية للطبيب يفترض وجود علاقة سببية بين الأفعال التي تؤخذ عليه والضرر الذي هو مطالب بالتعويض عـــنه ؛ وأن محكمة الاستئناف وقد قضت على الرغم من ذلك بأن عدم اقـــتراح الطبيـــبة علـــى الأم اختبارا يسمح باكتشاف متلازمة داون قد حـــرمها وزوجهـــا مـــن مكنة اللجوء إلى الإسقاط الإرادي للحمل ذي الغرض العلاجي ، ودون البحث ، وهو ما دفع به أمامها ، عما إذا كان هذان الأخيران لم يتنازلا مقدما عن إجراء هذا الإسقاط الإرادي للحمل، حتى ولو كان الطفل مصابا بمتلازمة داون ، فإنها لا تكون قد فصلت

---

316 *"patiente à risques"* .

317 *un antécédent familial d'anomalie de structure chromosomique* .

318 *l'interruption spontanée de la seconde sans étiologie apparente.*

في وجود علاقة السببية بين الامتناع عن القيام بإجراء هذه الاختبارات وفقـــدان الفرصة ، وتكون بهذا قد جردت حكمها من الأساس القانوني بالنظر إلى المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

ولكـــن حيـــث أن قضاة الاستئناف ، بعد أن استظهروا أن الأم كانـــت قـــد أحاطت الطبيبة علما ، بمناسبة حملها السابق ، بأن طفلها الأول ، الـــذي كـــان ضحية لتسمم حمل ، قد ولد بعملية قيصرية وكان مصـــابا باضطرابات في الجهاز العصبي الحركي [٣١٩]، وأن واحدة من شـــقيقات زوجهـــا كانت مصابة بمتلازمة داون ، وهو ما دفع الطبيب وقـــتها إلـــى أن يصـــف لهـــا اختـــبار لاكتشاف الخطر المتزايد لهذا المرض[٣٢٠] وهو ما لم يتم بسبب حدوث إجهاض ، فقد قرروا أن الطبيبة عندما امتنعت عن وصف هذا الاختبار من جديد أو إجراء تحليل للسائل المحيط بالجنين الذي طلبته هذه المريضة المعرضة للخطر ، فإنها تكون قـــد حرمـــتها من معلومة كانت ستسمح لها ، إما باللجوء إلى الإسقاط الإرادي للحمل ، أو بالاستعداد هي وزوجها لاستقبال طفل معاق ثان .

وحيـــث أنـــه في ظل هذه الأسباب ، فإن محكمة الاستئناف ، ودون أن تكـــون ملزمة بالقيام ببحث لم يطلب منها ، وقد تمكنت من التحقق من إهمال الطبيب ومن رابطة السببية بين هذا الخطأ والضرر

---

[319] problèmes psychomoteurs .

[320] un examen de dépistage du risque accru de trisomie 21.

الأدبــي الذي لحق بوالدي الطفل المعاق ، فإن حكمها يكون قد صادف صحيح القانون ».

وهذا ما قررته الجمعية العمومية بشأن الطعن بالنقض المقدم من الطبيبــة ضــد حكــم محكمة الاستئناف بتعويض الوالدين عن الضرر الأدبي الناتج عن الإعاقة ، أما بشأن طعن الزوجين في ذات الحكم فيما قضـــى بـــه من رفض تعويضهما عن الضرر المادي ، فقد استطردت المحكمة :

« بعد الاطلاع على المادة ١١٤٧ من التقنين المدني ؛

وحيــث أن القضـــاة قد قرروا من أجل رفض طلب التعويض المقدم من الزوجين عن الضرر المادي الناتج عن الرعاية الخاصة التي يحـــتاجها طفلهمـــا المصاب بمتلازمة داون ، أنه لما كان الاضطراب الجيني الذي يحمله الطفل مستقلا عن الخطأ الطبي المنسوب للطبيب ، فـــلا يجـــوز لوالديه الحصول على تعويض عن الضرر المادي اللاحق بهما بسبب إعاقته ؛

وحيــث أنـــه ، على الرغم من ذلك ، وطالما ، من ناحية ، أن الخطـــأ المرتكب من الطبيب في تنفيذ العقد المبرم مع الأم قد منع هذه الأخـــيرة من مباشرة خيارها في إسقاط حملها لغرض علاجي ، و من ناحية أخرى ، أنه لم تتم المنازعة في أن الشروط الطبية لهذا النوع من إســـقاط للحمـــل قـــد اجتمعت ، فإنه يجوز للوالدين المطالبة بتعويض

الضرر المادي اللاحق بهما نتيجة ***الإعاقة التي لها علاقة سببية مباشرة مع الخطأ الثابت*** . [٣٢١]

وحيث أنه بالقضاء على هذا النحو ، فإن محكمة الاستئناف تكون قد خالفت النص المشار إليه ؛

لهذه الأسباب ، ولكن فقط فيما يخص رفض تعويض الزوجين Mme X... عن الضرر المادي اللاحق بهما نتيجة لإعاقة طفلهما Yvan ، حكمت المحكمة بنقض الحكم الصادر من محكمة استئناف Riom ، والإحالة لمحكمة استئناف باريس ».

ولنا ملاحظتان على هذا الحكم :

الملاحظة الأولى : أن محكمة الاستئناف كانت قد قضت بتعويض الوالدين عما لحقهما من ضرر أدبي من جراء الإعاقة التي لحقت بطفلهما ، دون الأضرار المادية الناتجة عن الرعاية الخاصة التي يحتاجها طفلهما المعاق ، ولا نفهم حقا سبب تمييزها بشأن تعويض الوالدين بين ما لحقهما من ضرر أدبي وما لحقهما من ضرر مادي .

---

[321] Attendu, cependant, que dès lors, d'une part, que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme X... avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique, et, d'autre part, qu'il n'était pas contesté que les conditions médicales d'une telle interruption de grossesse étaient réunies, les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenue ;

الملاحظة الثانية : أن هذا الحكم لم يتناول سوى ضرر الوالدين المادي والأدبـــي ، ولم تطرح على المحكمة مسألة تعويض الطفل شخصيا عما أصابه من ضرر ناتج عن الإعاقة التي لحقت به ، ويبدو أن الوالدين لم يطالبا في دعواهما بتعويض باسم الطفل ، إلا أن هذا الحكم لا يخلو من أهمـــية في هذه المسألة إذا أنه ***أكد من جديد على توافر علاقة السببية بيـــن الأخطـــاء الطبية والضرر الناتج عن الإعاقة وذلك بعبارة مطلقة تتســـع أيضـــا لضرر الطفل الشخصي وهو ما يتطابق مع قضائها في دعـــوى PERRUCHE وفـــي دعاوى ١٣ يولية ٢٠٠١*** ، كما أكد أيضـــا علـــى ارتـــباط علاقة السببية هذه بمدى توافر شروط الإسقاط الإرادي للحمـــل وهـــو مـــا يتطابق مع قضائها الصادر في ١٣ يولية ٢٠٠١.

الحكم الثاني : [٣٢٢]

« حيث أنه وفقا للحكم المطعون فيه ، فقد وضعت ...Mme X في ٢٧ يناير ١٩٩٥ ، عندما كانت في العشرين من عمرها ، طفلا مصابا بمتلازمة داون trisomie 21 ؛ ومن ثم فقد رفعت دعوى تعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب إعاقته ضد ...M. Y ، طبيب النساء والولادة المكلف بمتابعة حملها ؛

وحيث أن يأخذ الطبيب على الحكم المطعون فيه أنه قد استجاب لهذا الطلب ، في حين أنه ، وفقا لما ينعاه :

١- أن محكمة الاستئناف وقد قضت ضده بتعويض الطفل Lionel عن الضرر الناتج عن إعاقته لسبب وحيد هو أن عدم قيامه بالإعلام كان على علاقة سببية مباشرة مع ميلاد الطفل مصابا بمتلازمة داون ، ودون أن تصف مع ذلك علاقة السببية بين عدم قيامه بالإعلام وبين هذا الداء اللاحق بالطفل ، فإنها تكون قد جردت حكمها من الأساس القانوني بالنظر إلى المادة ١٣٨٣ من التقنين المدني ؛

---

[322] http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197arr486.htm Arrêt n° 486 du 28 novembre 2001, Cour de cassation - Assemblée plénière Cassation partielle , Demandeur(s) à la cassation : Mme X..., agissant tant en son nom personnel, qu'en qualité de représentante légale de l'enfant mineur Lionel , Défendeur(s) à la cassation : Dr Y... et autres .

٢- أن واقعة الميلاد لا تمثل ضررا بالنسبة لمن يولد ، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف وقد قضت ضد الطبيب بتعويض الطفل عن نتائج إعاقته ، وفي حين أن عدم قيام الطبيب بالإعلام ، والذي ليس له أي أثر على إصابة الطفل بمتلازمة داون ، ليس له سوى أثر واحد هو منع الطفل من ألا يولد ، فإنها تكون قد رأت بالضرورة أن ضرر الطفل كانت ناتجا عن ميلاده وتكون قد خالفت المادة ١٣٨٣ من التقنين المدني؛

ولكن حيث أن الحكم قد أظهر أن الطبيب لم يبلغ المريضة بنتائج نسبة هرمون الحمل [٣٢٣] التي عرضت عليه في الأسبوع السادس عشر من انقطاع الدورة الشهرية ، في حين أن هذه النتائج المعززة بفحصين بالموجات فوق الصوتية يظهران عدم التناسب بين قياس قطر الرأس الكبير وبين عظمة الفخذ القصيرة جدا [٣٢٤]، كانت منذرة وتقتضي استشارة متخصصة في الجينات وفحصا بالموجات فوق الصوتية[٣٢٥]؛ وأنه في حالة مثل هذه الملاحظات ، وطالما أن الطبيب لم ينازع في أن الشروط الطبية للإسقاط الإرادي للحمل لغرض علاجي كانت مجتمعة ، فإن محكمة الاستئناف ***يكون لها أن تستخلص أن الخطأ المرتكب على هذا النحو ، والذي أفقد الأم إمكانية اللجوء إلى تحليل السائل المحيط***

---

[323] les résultats d'un dosage de bêta HCG .

[324] la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court .

[325] une consultation spécialisée en génétique et en échographie .

بالجنين وإلى إسقاط الحمل ، كان على علاقة سببية مباشرة مع الضرر الذي لحق بالطفل من إعاقته ».

وهكذا قضت الجمعية العمومية بتأييد حكم محكمة استئناف Rennes الذي قضى ، على خلاف ما جرت عليه محاكم الموضوع ، بتعويض الطفل ، إلا أن الطعن بالنقض كان يتضمن طعنا آخر من جانب الأم بشأن تقدير ضرر الطفل ، وهو الذي انتهت فيه إلى النقض الجزئي لحكم الاستئناف لصالح الطفل ***مع رفض طعن الطبيب بشأن مبدأ تعويض الطفل*** .[٣٢٦]

---

[٣٢٦] وهذا هو ما قضت به الجمعية العمومية في الشق الثاني من الطعن :

« بعد الاطلاع على المادتين ١١٦٥ و ١٣٨٢ من التقنين المدني ،

وحيث أن تعويض الضرر يجب أن يكون كاملا ؛

وحيث أن محكمة الاستئناف ، ومن أجل أن تحدد تعويض الضرر اللاحق بالطفل ...Lionel X في مبلغ معين ، قد قررت أن فقدان الفرصة المتحقق نتيجة خطأ الطبيب لا يجوز أن يؤدي إلى التعويض الكامل للضرر اللاحق بالطفل نفسه، ولكن فقط تعويض جزء منه يساوي ٥٠%، كما أوضحت أن الطفل ، الذي يستحق نتيجة لحالته مساعدة خاصة ، قد أدرج في المرتبة الرابعة من قائمة القبول في منشأة للتربية الخاصة تتكفل بمصروفاتها هيئات الضمان الاجتماعي ؛ كما أضاف القضاة أن المدعية لم توضح ما إذا كانت تدفع لأمها ، (والتي تعمل مربية لذوي الحاجات الخاصة) مقابلا لقيامها بتربية الطفل .

وحيث أن محكمة الاستئناف وقد قضت على هذا النحو ، في حين ، من ناحية ، أن ضرر الطفل لا يتمثل في فقدان فرصة ولكن في الإعاقة ، ومن =

وليس لدينا ما نلاحظه على هذا الحكم سوى ملاحظتين موجزتين :

الملاحظة الأولى : هي أن الجمعية العمومية لمحكمة النقض قد أكدت فيه على المبدأ الذي أرسته في دعوى PERRUCHE وفي أحكام ١٣ يولية ٢٠٠١ ، ونلفت النظر هنا إلى أنها لم تبد أي تحفظ في هذا الشأن يتعلق بتطبيق المبدأ على وقائع الدعوى كما فعلت في أحكام ١٣ يولية ٢٠٠١ .

والملاحظة الثانية : هي أن محكمة استئناف Rennes كانت قد قضت – على خلاف الاتجاه السائد لمحاكم الموضوع – بتعويض الطفل بعد أن خلصت إلى توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي

=ناحية أخرى ، أن مبلغ التعويض المستحق عن قيام شخص ثالث بمساعدة المعاق في المنزل في تحركات الحياة اليومية لا يجوز أن يخفض في حالة المساعدة العائلية ، فإنها تكون قد خالفت النصوص المشار إليها ؛

لهذه الأسباب ،

حكمت المحكمة بنقض حكم محكمة استئناف Rennes الصادر في ١٩ يناير ٢٠٠٠ ، ولكن فقط في منطوقه الخاص بتقدير ضرر الطفل ...Lionel X ، والإحالة لمحكمة استئناف باريس »

لحق بالطفل من جراء إعاقته ، ***وبهذه المناسبة لا يفوتنا أن نذكر أن أول أحكام محاكم الاستئناف الذي صدر تأييدا لحكم PERRUCHE هو ذلك الصادر في ١٨ سبتمبر ٢٠٠١ من محكمة استئناف Bordeaux.***[٣٢٧]

---

[٣٢٧] راجع موجز الحكم المذكور تحت عنوان :

Jurisprudence "Perruche" : Droit à indemnisation d'une enfant née handicapée : application de la jurisprudence "Perruche"

على موقع juris-classeur على شبكة الإنترنت :

http://rb.juris-classeur.com/actualite/depeche/visu_news.html?date_new=2001-09-24

المطلب الرابع

المشرع الفرنسي يعالج المشكلة في قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ بشأن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي [٣٢٨]

يعد القانون الخاص بحقوق المرضى وبجودة النظام الصحي من القوانين الحديثة الهامة في فرنسا ، وهو مكون من ١٢٦ مادة موزعة بين خمسة أبواب : الأول : التضامن تجاه الأشخاص المعاقين[٣٢٩]، والثاني : الديمقراطية الصحية[٣٣٠]، والثالث : جودة النظام الصحي[٣٣١]، والرابع : التعويض عن نتائج المخاطر الصحية[٣٣٢]، والخامس : الأحكام الخاصة بأقاليم وراء البحار[٣٣٣] . ويندرج هذا القانون في سياسة الحكومة التي تستهدف صبغ النظام الصحي بالصفة الديمقراطية وتحسين جودته.[٣٣٤]

---

[328] LOI n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé , JO 5 mars 2002 .

راجع نص هذا القانون كاملا على موقع adminet القانوني على شبكة الإنترنت :
http://www.adminet.com/jo/20020305/MESX0100092L.html

[329] Solidarité envers les personnes handicapées .

[330] Démocratie sanitaire .

[331] Qualité du système de santé .

[332] Réparation des conséquences des risques sanitaires .

[333] Dispositions relatives à l'outre-mer .

[٣٣٤] راجع ص ١ من المقالة المنشورة على موقع جمعية الكبار والصغار المعاقين:
Association pour Adultes et Jeunes Handicapés ; Actualités de l'APAJH
http://www.apajh.org/actuetcomm/pagenews.php3?idnum=203&couldee=3=

الفرع الأول

أحكام المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢

لقد استهدفت المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ بشأن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الذي صوتت عليه الجمعية الوطنية في قراءة ثانية في ١٢ فبراير ٢٠٠٢ ، ومجلس الشيوخ في ١٩ فبراير ٢٠٠٢ ، وضع حد لتطور القضاء المثير جدا للجدل لمحكمة النقض بشأن ضرر الميلاد الناتج عن الإعاقة الذي بدأ بحكم « Perruche » الشهير في ١٧ نوفمبر ٢٠٠٠ [٣٣٥]، ولم يكن هذا

= بعنوان :

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé .

[٣٣٥] ونورد هنا ما يهمنا منه وهو نص المادة الأولى الواردة بالباب الأول بعنوان : التضامن تجاه الأشخاص المعاقين .

TITRE Ier

SOLIDARITE ENVERS LES PERSONNES HANDICAPEES
Article 1er

I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de =

= l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. - Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.
III. - Le Conseil national consultatif des personnes handicapées est chargé, dans des conditions fixées par décret, d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et des personnes handicapées de nationalité française établies hors de France prises en charge au titre de la solidarité nationale, et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à assurer, par une programmation pluriannuelle continue, la prise en charge de ces personnes.

وراجع شرحا موجزا لما تضمنه هذا القانون من أحكام في المسألة محل البحث في مقالة بعنوان : القانون ينقض قضاء PERRUCHE :

La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi .

المنشورة على موقع Archives Èditions Législatives على شبكة الإنترنت :

http://www.editions-legislatives.com/actualite/dossier/archives/2002/mars-2.html

والذي أشير فيه أن مصدرها هو :

Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies .

وكذلك المقالة المنشورة على موقع جمعية الكبار والصغار المعاقين :

Association pour Adultes et Jeunes Handicapés ; Actualités de l'APAJH
http://www.apajh.org/actuetcomm/pagenews.php3?idnum=203&couldee=3

بعنوان :

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé .

وراجع أيضا :

DURRIEU-DIEBOLT : L'arrêt PERRUCHE et ses suites .

على موقع : =

النص مدرجا في الأصل في مشروع القانون ولكنه أدرج كنتيجة مباشرة للعديد من من المناقشات الأخلاقية والقانونية التي أثارها قضاء PERRUCHE .[٣٣٦]

وسوف نتناول بإيجاز ما تضمنه هذا القانون بشأن مشكلة البحث.

أولا : المبدأ الأساسي الذي أرسته المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ : الميلاد في حد ذاته ليس ضررا واجب التعويض قانونا :[٣٣٧]

نصت الفقرة الأولى من الشطر الأول من المادة الأولى على مبدأ يتضمن أنه : « لا يجوز لأحد أن يدعي ضررا من مجرد واقعة ميلاده »[٣٣٨] ، فمجرد واقعة الميلاد في ذاتها لا ينتج عنها ضرر واجب

= SOS-Net (La plus grande base de données juridiques grand public , Un serveur bénévole de l'association Droit pour Tous)
http://sos-net.eu.org/medical/perruche.htm

[٣٣٦] راجع ص ١ من المقالة المنشورة على موقع جمعية الكبار والصغار المعاقين:
Association pour Adultes et Jeunes Handicapés ; Actualités de l'APAJH
http://www.apajh.org/actuetcomm/pagenews.php3?idnum=203&couldee=3
بعنوان :
Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé .

[٣٣٧] راجع مقالة :
La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi , p. 1.

[338] Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance .

التعويض قانونا ، وربما قد يأسف البعض لأن الأمر قد اقتضى أن يقرر التشريع ما يبدو من البديهيات القانونية .

ثانيا : مدى كفاية المبدأ السابق للقضاء على قضاء Perruche :[٣٣٩]

والسؤال الآن : هل يكفي ما يقرره هذا المبدأ على النحو الذي صيغ به لوضع نهاية لقضاء « Perruche » ؟ لقد تجنبت محكمة النقض حقا في أحكامها الإشارة إلى التعويض عن ضرر الميلاد [٣٤٠]، وحرصت دائما على الإشارة إلى الضرر الناتج عن الإعاقة [٣٤١]؛ وهو ما لا يقصد به حرفيا نفس الشيء .

ولكن المنطق الذي اتبعته محكمة النقض لتكريس حق الطفل في الحصول على تعويض للضرر الناتج من الإعاقة الخلقية ، والمؤسس على واقع أن أمه قد حرمت ، بخطأ الطبيب ، من اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل بشروطه القانونية ، يفضي إلى تجاوز حرفية الأحكام التي أصدرتها في هذا الشأن : فهذه الأحكام لم تقر فقط بوجود علاقة السببية بين إعاقة الطفل الخلقية وبين الأخطاء الطبية التي ارتكبت قبل أمه (أو والديه) ، ولكنها اعترفت للطفل قانونا بأن له مصلحة ، لكي لا نقول حقا ، في المطالبة بالتعويض أمام القضاء بسبب أنه قد ولد مصابا

---

[٣٣٩] راجع : الموضع السابق .

[340] la réparation du préjudice d'être né .

[341] préjudice résultant du handicap .

بعاهة لم تكن لتصيبه إذا كانت أمه قد تمكنت من المطالبة بالإجهاض قبل ميلاده .

وسواء أنكرنا ذلك أم لا ، وحتى لو كان بعض رجال القانون قد أيدوا هذا القضاء ، فإن هذا المنطق يؤدي ، حتى ولو لم تقل المحكمة ذلك صراحة ، إلى أن الطفل يجوز له أن يدعي استنادا لضرر يتمثل في ولادته مصابا بإعاقة ، لأن هذا الميلاد هو الذي يمكن أن يرتبط حقا بالأخطاء الطبية المرتكبة تجاه أمه وليست الإعاقة الخلقية . وهو ما سيؤدي أيضا إلى تفسير التشريع المتعلق بالإجهاض الإرادي للحمل ، على الرغم من وضعه لمصلحة الأم ، كأداة قانونية لخدمة الطفل المولود معاقا ، تعترف له بأنه يستطيع المطالبة بالتعويض استنادا لأنه لم يتم إجهاضه ، ومن هذه الزاوية ، فإن المبدأ الذي قرره القانون يكفي لإدانة المنطق الذي تضمنه قضاء « Perruche » والحلول التي نتجت عنه .

ولما كانت محكمة النقض لم تذكر في أحكامها صراحة أو حرفيا ضرر الميلاد ، فقد دافع البعض عنها بقوة لأنها لم تشأ إطلاقا تكريس حق في عدم الميلاد [٣٤٢]، ومن وجهة النظر هذه ، فإن هذا المبدأ الذي قرره القانون لن يكون سوى طعنة سيف في الماء [٣٤٣]، وعلى الرغم من ذلك ، وحتى من ذات هذه الزاوية ، فلن يكون من الصواب أن تصم

---

[342] un droit à ne pas naître .

[343] un coup d'épée dans l'eau .

محكمة النقض في المستقبل أذنيها عن الرسالة التي أرسلها المشرع ، فبخلاف حرفية النص ، التي يمكن للبعض أن يرى عدم كفايتها ، فهناك حكمة التشريع التي سن من أجلها والتي يصعب الالتفاف حولها .

ثالثا : التأكيد على أن رجوع الطفل المعاق على الطبيب يتم وفقا للقواعد العامة للمسئولية :[٣٤٤]

ماذا أضافت الفقرة الثانية من الشطر الأول من المادة الأولى ؟ لاشيء أو لا شيء تقريبا ، اللهم إلا التذكرة بأن الطبيب يظل ملتزما تجاه الشخص المولود معاقا ، وفقا لمبادئ المسئولية المدنية ، بتعويض الضرر اللاحق به عندما يتسبب بخطئه مباشرة في إحداث الإعاقة أو في زيادتها أو بعدم السماح باتخاذ الوسائل اللازمة لتخفيفها .[٣٤٥]

وعلى سبيل المثال ، يلتزم الطبيب الذي يجري تدخلا طبيا أو جراحيا على امرأة حامل ويسبب ، بخطئه ، جروحا جعلت من الطفل معاقا عند ولادته ، بتعويض الضرر الذي لحق بالطفل .

---

[٣٤٤] راجع مقالة :

La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi , p.2 .

[345] La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

وهكذا فلا جدال في وجوب تعويض الضرر الناتج من الإعاقة إذا كان نتيجة مباشرة لخطأ طبي ، ***ومن الواضح أنه لا يجوز الخلط بين هذا الوضع وبين الإعاقة الخلقية التي قد يُطالَبُ بالتعويض عن نتائجها وذلك بربطها بعدم إجراء الإجهاض الذي يعزى إلى خطأ طبي في التشخيص أو في الإعلام .***

رابعا : النص على حدود لتعويض الوالدين :

أما الفقرة الثالثة من الشطر الأول ، التي تتناول المسئولية عن تعويض الوالدين عندما لا تكتشف إعاقة الطفل خلال الحمل على أثر خطأ طبي ثابت ، فهي في المقابل مخصصة لتجنب الالتفاف حول مبدأ منع الطفل من المطالبة بالتعويض عن واقعة ميلاده ، وذلك عندما يطالب الوالدان بتعويض يحقق ذات الغرض ، ومن ثم فقد حددت نطاق طلب الوالدين بالتعويض عن ضررهما الشخصي فقط ؛ فنصت على أن « هذا الضرر لا يتضمن الأعباء الخاصة الناتجة عن إعاقة الطفل طيلة حياته » ، وأن « تعويض هذا الأخير يقوم على التضامن القومي ».[٣٤٦]

[346] Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

وهكذا لن يجوز للوالدين المطالبة من الناحية العملية ، إلا بالتعويض عن ضررهما الشخصي بدقة ، ويبدو أن المقصود بذلك هو الضرر الأدبي بصفة أساسية طالما أن الأعباء المادية الخاصة الناتجة عن إعاقة الطفل ، ستعوض عن طريق التضامن القومي .[٣٤٧] ويرى البعض أن تعويض الوالدين يشمل الضرر الأدبي (والمتمثل في الاعتداء على حقهما في اختيار إجهاض الحمل) ، كما يشمل الضرر المادي وفقا للقواعد العامة (مثل الضرر الاقتصادي المترتب على توقف أحد الوالدين عن نشاطه المهني من أجل رعاية الطفل) على ألا يمتد بأي حال إلى الأعباء الخاصة الناتجة عن إعاقة الطفل .[٣٤٨]

خامسا : ضرورة تفعيل هذا التشريع وعدم الاكتفاء بإجهاض قضاء PERRUCHE :[٣٤٩]

ويبقى هنا ما هو أكثر أهمية من ذلك ، فيجب على المشرع ألا يقنع بإجهاض تطور هذا القضاء الذي أثار النزاع ، وعليه الآن أن يتحمل بالتزاماته وأن يسهر من ثم على ما يلقيه عليه التضامن القومي

---

[٣٤٧] راجع مقالة :

La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi , p.2 , 3 .

[348] DURRIEU-DIEBOLT : L'arrêt PERRUCHE et ses suites . p.3 .

[٣٤٩] راجع مقالة :

La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi , p.2 , 3 .

من عبء الأشخاص المعاقين وذلك بسن سياسة أسرية وصحية واجتماعية حقيقية وذات معنى .[٣٥٠]

---

[٣٥٠] وجدير بالذكر أن التعويض سوف يقدم من المكتب القومي لتعويض الحوادث الطبية ، والذي يموله التأمين الاجتماعي باسم التضامن القومي .
l' Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, financé par la Sécurité Sociale, au nom de la solidarité nationale.
JF CARLOT et Christian MOREL : ACTUALITES JURIDIQUES DU RISQUE MEDICAL

بحث منشور على شبكة الإنترنت على موقع مكتب المحاماة :

Cabinet d'Avocats, Jean-François CARLOT .
http://www.JURISQUES.com/jfc21.htm

الفرع الثاني

النقد الموجه للمادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢

هل انتهت العاصفة بصدور قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ ؟ لا يبدو ذلك : والسبب هو ما تضمنه هذا القانون من إلقاء عبء تعويض الطفل المعاق على التضامن القومي دون تحديد آلية مفصلة لهذا التعويض ، ومن تحديد لتعويض الوالدين على النحو سالف الذكر ، وبدأت المشكلة تعود للظهور في اتجاه عكسي وذلك بالمطالبة بإلغاء المادة الأولى من هذا القانون ، وهكذا أنشأت بعض جمعيات الدفاع عن المعاقين موقعا على شبكة الإنترنت تحت عنوان : ***قولوا لا للمادة ١ من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢*** .[٣٥١]

أولا : الخطاب الموجه من بعض جمعيات الدفاع عن المعاقين :

هذا وقد افتتح هذا الموقع على شبكة الإنترنت بخطاب مفتوح موجه من بعض جمعيات الدفاع عن المعاقين[٣٥٢]، لرئيس الجمهورية ولرئيس الوزراء ولكل أعضاء البرلمان ، يتضمن في مقدمته أنه لا يجوز للقانون أن يحرم والدي الطفل الذي لم تكتشف إعاقته أو لم تظهر

---

[351] ***Dites NON ! à l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 .***
http://www.loi-du-4-mars.org/Index.html

[352] AAAVAM * APF * AUHSM Santé-Défense * CORIDYS * FNATH * GIHP National * RESHUS .

خلال الحمل ، بسبب خطأ الممارس أو جهة العلاج ، من الحق في التعويض، وأنه ينبغي إلغاء هذا النص من القانون .

واستطرد الخطاب : « في وسط العاصفة الإعلامية التي أثارها حكم PERRUCHE الشهير ، أقر البرلمان في ٤ مارس ٢٠٠٢ قانونا متعلقا بحقوق المرضى ، وفي ظل البلبلة العامة ، تم التصويت على تعديل إضافي في المادة ١ من القانون التي حظرت أي تعويض للطفل بل وقصرت أيضا على وجه الخصوص تعويض الوالدين على الضرر الأدبي فقط ، حتى ولو كان الخطأ في التشخيص قبل الولادة أو في إعلام الوالدين ثابتا .

أما النص على الإحالة إلى التضامن القومي في هذا القانون ، كبديل لهذا التعويض للوالدين ، فليس مقبولا لأنه غير كاف على الإطلاق طالما أن البرلمان لم يقرر الاعتمادات المالية اللازمة له في الميزانية .

ومن الملاحظ أن مسألة تعويض الطفل نفسه وإن لم تكن محل اتفاق ، فليس الأمر كذلك بالنسبة لتعويض الوالدين : إذ أجمع القضاء المدني وكذلك الإداري خلال سنوات عديدة دون أي تردد على تعويض ضرر الوالدين من أجل كفالة رعاية وتربية الطفل طيلة حياته .

بل أن الذين ثابروا من أجل إصدار هذا القانون يعترفون اليوم بأن هذا النص الخاص من القانون قد تم التصويت عليه على عجالة ،

كما أنه من ناحية أخرى مخالف على الأقل للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان كما أنه يخالف بكل بساطة مبدأ التعويض الكامل للضرر المستقر في فرنسا .

من أجل ذلك ، فإن الجمعيات الموقعة عل هذا الخطاب تدعو رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء وكل البرلمانيين بمناسبة دور الانعقاد غير العادي القادم للبرلمان ، إلى إلغاء هذا النص الذي يحظر على المحاكم تعويض ضرر والدي الطفل المعاق ، دون قيد أو شرط ».

ثانيا : النقد الموجه للمادة ١ من بعض رجال السياسة والقانون :

وجه Claude EVIN ، وزير الصحة السابق والنائب المنتمي للحزب الاشتراكي والمقرر السابق للجنة الشئون الاجتماعية بشأن مشروع قانون حقوق المرضى ، نقدا شديدا لهذا النص [٣٥٣] لأنه قد حرم الوالدين من مكنة المطالبة بحقوقهم في التعويض . وفي رأيه أن المناقشة التي ثارت بشأن حكم PERRUCHE قد قادت الجمعية الوطنية إلى الطريق الخطأ حيث طغت العاطفة على العقل ، فقد تم الخلط بين ضرورة تحمل أعباء الأشخاص المعاقين – أيا كان مصدر إعاقتهم – وبين مسألة التعويض عن الفعل الخطأ فالأحكام التي صدرت من محكمة النقض كانت مستندة لأخطاء لا جدال فيها ، وليس كما

---

[353] Trois questions à Claude EVIN : LE MONDE 15/6/2002 , Propos recueillis par Sandrine BLANCHARD .
http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3209--280654,00.html

حاول البعض دفعنا للاعتقاد ، بأنها قامت على أساس وضع التزام بنتيجة على عاتق الأطباء .

وقد كان الوزير السابق أحد النواب الاشتراكيين المطالبين ، دون جدوى ، بإحالة المسألة للمجلس الدستوري ، من أجل حسم القرار البرلماني ، إلا أن الحزب الاشتراكي لم يصر على ذلك ، وأوضح أن أحدا لم يشأ الاستطراد في المناقشة ، وأن العاطفة قد أخذت الكثيرين من أعضاء الحزب الاشتراكي ، فهذا القانون هو مثال نموذجي لأن التشريع الذي يتم تحت سيطرة العاطفة يكون تشريعا سيئا ، علاوة على اقتناعه بأن هذا القانون يخالف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، كما يلفت النظر إلى أنه على الرغم من وجود التضامن القومي في شكل مبالغ المساعدات المالية واستقبال المعاقين في مؤسسات الرعاية الخاصة ، إلا أن واقعها الحالي غير كاف ، وأن المسألة تتوقف على الاستقطاعات التي سيوافق الفرنسيون على تحملها من أجل تحسين التضامن القومي .

كما انتقد Christophe RADÉ أستاذ القانون بجامعة Montesquieu-Bordeaux-IV [٣٥٤] هذا النص عندما سئل عن رأيه بشأن خطاب الجمعيات المطالب بإلغاء المادة ١ من قانون حقوق

[354] Trois questions à Christophe RADÉ : LE MONDE 25/6/2002 , Propos recueillis par Sandrine BLANCHARD .
http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3226--282238,00.html

المرضى ، ووصف نص هذه المادة بأنه نص توفيقي مرقع [355] من البرلمان، فقد كان هناك اتجاهين متعارضين في الحكومة : أنصار وخصوم حكم PERRUCHE ، وهكذا وجد واضعو القانون أنفسهم مضطرين للبحث عن باب للخروج من المشكلة ولطمأنة الأطباء ، وهكذا تمت إثارة أسمى المشاعر في الوجود ولكن مع التلاعب بالرأي العام ، إذ فرض على الرأي العام شعور بأن المذنبين هم آباء الأطفال المعاقين بينما كان الأطباء ومؤمنيهم يتصايحون كالذئاب ، كما وجدتها الجبهة المناهضة للإجهاض فرصة للثأر ، كل ذلك في النهاية على حساب الأطفال المعاقين وآبائهم فهذا النص لم يفعل شيئا سوى المنع والتقييد : فقد قال لهم : لا تعويض لكم ، ولكنه لم يضع أية ضمانة فعالة لكي يتحمل المجتمع بأعبائهم ، فهي صفقة المغبون الذي خسر كل شيء ، ومن أجل ذلك فقد ثارت الجمعيات المعنية ضده .

وعندما سئل الأستاذ عن سبب وصفه لهذا النص بأنه «مرقع» ، أجاب : لأن المعنى الحرفي لهذه المادة ، لا يضع نهاية لقضاء PERRUCHE من الناحية القانونية . فالفقرة الأولى تنص على أنه «لا يجوز لأحد أن يدعي ضررا من مجرد واقعة ميلاده» . ولكن محكمة النقض لم تقض بعكس ذلك ، فالطفل الذي ولد معاقا إعاقة جسيمة لا يدعي ضررا من مجرد واقعة ميلاده ولكنه يتضرر من الإعاقة التي لحقت به بمناسبة ميلاده ، أما عن الفقرة الثالثة ، فقد قيل

---

[355] Un texte de compromis bricolé .

أنها تمنع الوالدين من زيادة التعويض الخاص بهما وذلك بإدخال «الأعباء الخاصة الناتجة عن الإعاقة طيلة حياته» في هذا التعويض ، ولكن لا شيء يمنع الشخص الذي ولد معاقا ، عندما يبلغ سن الرشد من المطالبة أمام القضاء بالتعويض عن ضرره الخاص ، سواء بنفسه أو ممثلا بنائبه القانوني .

كما رأى أن هذا النص مخالف للدستور لأنه وإن كان من حق المشرع أن يضع حدودا لتعويض الضرر ، إلا أن هذا القانون يحابي جانبا على الآخر ، فمن الخطأ تفضيل حماية الأطباء على حماية الأطفال ، بل كان ينبغي على المشرع أن يعمل في النطاقين في ذات الوقت وذلك من أجل أن تجنب الانطباع بأنه قانون طائفي ، وناشد القضاة بتدارك هذا الأمر وذلك بالقضاء بتعويض كبير للوالدين عن الضرر الأدبي .

ثالثا : محكمة باريس الإدارية تطلب رأي مجلس الدولة بشأن ما رأته من عيوب في هذا النص :

وذلك في القضية المرفوعة من Christine DRAON والدة الطفل Romain ، وتخلص وقائعها كما يرويها والده Lionel DRAON لإحدى الصحف في مقالة بعنوان : محنة أبوي Romain المعاق مدى الحياة [٣٥٦]، في أن ابنه Romain قد ولد مصابا بإعاقات

[356] Sandrine BLANCHARD : Le calvaire des parents de Romain, handicapé à vie : LE MONDE 25/6/2002 . =

عديدة ، فهو صبي صغير في الخامسة من عمره ولا يستطيع النهوض لا واقفا ولا جالسا ويتنفس بصعوبة وتنتابه نوبات صرع ويتغذى بواسطة أنبوب ومنذ ميلاده اكتشف والداه على مر الأيام إصابته بتشوهات متنوعة لا علاج لها : تشنجات دماغية ، وعدم اتساق في مقدمة الرأس وعيوب خلقية في القلب وخلل في الكروموسومات .

وكان حمل Christiene DRAON قد بدأ طبيعيا تماما في مارس ١٩٩٦ وقد أعطى الفحص الأول بالموجات فوق الصوتية نتائج جيدة ، أما عند إجراء الفحص الثاني ، والذي تم في الشهر الخامس من الحمل ، فقد لاحظ طبيب النساء والولادة قصورا واضحا في نمو الجنين، ومن ثم فقد نصح الوالدين بالتحقق من ترتيب الكروموسومات بناء على تحليل للسائل المحيط بالجنين ، وأشار إلى إمكانية إجراء إسقاط طبي للحمل في حالة وجود خلل في الكروموسومات .

وكانت نتيجة تحليل ترتيب كروموسومات الجنين قاطعة : « يظهر من تحليل السائل المحيط بالجنين أن تركيبة الكروموسومات الخاصة بالجنين هي لجنين ذكر ولم تكتشف بها تشوهات » . فاطمأن الوالدان .

وفي ١٠ ديسمبر ١٩٩٦ ، وضعت السيدة DRAON طفلا ذكرا ، وقد لوحظ أنه لم يصرخ فور ولادته وكان مصابا بزرقة مؤقتة

=http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3226--282239,00.html

نتيجة لنقص في الأكسجين فوضع في حضانة ، ثم بدأت ملاحظة التشوهات . وحينئذ قرر الأطباء إجراء فحص بالرنين المغناطيسي ، وتحليل جديد لترتيب الكروموسومات ، فأظهرا تشوها جسيما في المخ .

وبناء على تنبيه من طبيب النساء والولادة باحتمال وجود خطأ في استخلاص نتيجة تحليل ترتيب الكروموسومات الأول ، فقد أعاد معمل تحليل الجينات مطالعة هذا الاختبار وأقر بوجود خطأ في التشخيص الذي تم خلال الحمل . فقد رد المعمل الحكومي عليه في أبريل ١٩٩٨ بأنه :

« بخصوص الطفل Romain DRAON ، الذي أجرينا له اختبارا لترتيب الكروموسومات حينما كان جنينا في الأسبوع الخامس والعشرين من الحمل ، فقد راجعنا ترتيب الكروموسومات وصور هذا الاختبار ، ونأسف لإبلاغكم أنه يوجد حقا اختلاف بين الكروموسومات المكونة لرقم ١١ في ترتيب الكروموسومات الخاص بالجنين ، تشوه أفلت من انتباهنا (...) . ونرجو أن تنقلوا لهما تعاطفنا مع معاناتهما ومعاناة طفلهما » .

وبعد مضي عدة شهور ، اتجه الزوجان DRAON إلى إدارة المساعدة العامة لمستشفيات باريس من أجل الحصول على تعويض . وهنا قررت لهما إدارة مستشفيات باريس ’’ باستحقاقكما التعويض عن الضرر المتحقق من واقعة العاهة الجسيمة التي لحقت بابنكما

ROMAIN ، والذي كان مصابا بتشوه في الكروموسومات لم يكتشف بسبب الخطأ الذي ارتكبه معمل الأجنة والجينات . ومن ثم فإن إدارة المساعدة العامة لمستشفيات باريس لا تزمع المنازعة في مسئوليتها عن هذه القضية '' . ومن ثم فقد وجهتهما إلى رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية من أجل تحديد مبلغ التعويض .

هذا وقد جاء في تقرير الخبير المعين لتحديد جسامة وتطور إعاقة الطفل « أنه في حالة اعتماد كلي ويعاني من تشوهات مخية جسيمة ، وستتطور على نحو في غاية الجسامة ولا مناص من التقرير بأن أعباؤه ستتزايد كثيرا بسبب زيادة طوله ووزنه وهو ما سيجعل حركته في غاية الصعوبة ودون أمل كبير في التحسن في المستقبل ».

أما عن أم الطفل فلم تعد مطلقا إلى عملها بغرض رعاية طفلها الصغير، وقد قرر الوالدان بعد زيارة العديد من مراكز الرعاية المتخصصة الاحتفاظ بالطفل ورعايته بمعرفتهما ، وهو ما اقتضى مساعدة مالية ، وقد سمحت لهما جهة المساعدة التربوية بإعانة مالية لرعايته في المنزل . وعلى أثر أمرين قضائيين مستعجلين ، فقد قضي للوالدين بمبلغ ١٥٣ ألف يورو على سبيل التعويض المؤقت ، وفي انتظار الحكم في الموضوع من محكمة باريس الإدارية ، فقد خشيا أن يلزمهما قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ برد ما قبضاه .

وفي ٣ سبتمبر ٢٠٠٢ ، أحالت محكمة باريس الإدارية قضية Christine DRAON إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه في المسائل التالية : [٣٥٧]

أولا : هل تطبق أحكام الشطر الأول من المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ على الدعاوى القائمة على الرغم من أن الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من هذه المادة والتي تحدد كيفية التحمل بأعباء الأشخاص المولودين معاقين لم تتخذ بعد .

ثانيا : هل تخالف أحكام الشطر الأول من المادة ١ من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ المعاهدات الدولية التي انضمت إليها فرنسا بالنظر إلى المواد ٥ -٦-٨-١٣-١٤ من الاتفاقية الأوروبية لحماية الحقوق والحريات الأساسية والمادة الأولى من البروتوكول الإضافي وللمادتين ١٤ و ٢٦ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية بالنظر إلى ما يلي :

١- أن الفقرة الثالثة من الشطر الأول من المادة ١ ، التي تنص على أن الوالدين لا يجوز لهما المطالبة بالتعويض عن الأعباء الخاصة الناتجة عن ميلاد طفل ولد بإعاقة لم تكتشف خلال الحمل على أثر خطأ طبي ثابت ، ***تطبق على الدعاوى التي رفعت قبل صدور القانون*** .

---

[٣٥٧] راجع حكم محكمة باريس الإدارية في هذه القضية على موقع : قولوا لا لقانون ٤ مارس ٢٠٠٢ :

http://www.loi-du-4-mars.org/CE.asp

٢- تنص الفقرة الثانية من الشطر الأول من هذه المادة على أنه يجوز للشخص الذي ولد معاقا نتيجة لخطأ طبي الحصول على تعويض عن ضرره عندما يسبب الفعل الخطأ الإعاقة مباشرة أو يزيدها أو لا يسمح باتخاذ الإجراءات اللازمة لتخفيفها ، في حين حظرت الفقرة الثانية من ذات النص التعويض عندما تنعقد مسئولية المهني أو المؤسسة الصحية تجاه والدي الطفل المولود بإعاقة لم تكتشف خلال الحمل على أثر خطأ ثابت ، فيجوز للوالدين فقط المطالبة بالتعويض عما لحقهما هما من ضرر ، أما الأعباء الخاصة الناتجة طيلة حياة الطفل عن إعاقته فيقوم تعويضها على التضامن القومي .

٣- تحرم الفقرة الثالثة من الشطر الأول من هذه المادة والدي الطفل المولود بإعاقة لم تكتشف خلال الحمل على أثر خطأ ثابت ، من اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على تعويض الأعباء الخاصة الناتجة عنها طيلة حياته ، في حين يجوز لهما المطالبة بمسئولية المهني أو المؤسسة الصحية عن ضررهما الخاص .

٤- أنها لم تحدد كيفية التعويض القائم على التضامن القومي ولا طبيعة الدعاوى التي تباشر في فترة انتظار الإجراءات المنصوص عليها في الشطر الثالث من المادة ١ .

وباعتبار أن الأسئلة السابقة تطرح مسائل قانونية جديدة تمثل صعوبة جدية وقابلة لأن تثار في العديد من المنازعات ، فقد رأت

المحكمة ، تطبيقا لتقنين القضاء الإداري ، التوقف عن الفصل في طلب السيدة Christine DRAON ، وإحالة ملف القضية إلى مجلس الدولة لإبداء رأيه .

خاتمة

ولا نرى مبررا في خاتمة هذه الدراسة لإيجاز ما فصلناه فيها ، مكتفين بعرض موجز لما وصلنا له من نتائج من خلالها .

ونبادر فورا بإبداء ملاحظة عامة ، وليست قانونية خالصة ، وإن ارتبطت بفن صناعة القانون ، فالمشكلة التي تناولتها هذه الدراسة ، لم تكن غريبة على المجتمع الذي نشأت فيه ، بل كانت نتيجة لتطور العديد من الجوانب الدينية والأخلاقية والاقتصادية والاجتماعية والعلمية.

فمن الناحيتين الدينية والأخلاقية ترتبط هذه المشكلة ارتباطا وثيقا بمدى تطور نظرة المجتمع للإجهاض ، هل هو محظور من حيث المبدأ ؟ أم هو استثناء لا يجوز اللجوء إليه إلا لضرورة طبية إذا كانت مواصلة الحمل تمثل خطرا على صحة الأم ، في تطور أول ؟ أو عند احتمال ولادة الطفل مصابا بداء جسيم ، في تطور ثان ؟ أم هو أصل عام يستند للحرية المطلقة للوالدين في تقرير مبدأ الإنجاب أو العدول عنه بعد حدوث الحمل ؟

ومن الناحية الاقتصادية ، ترتبط المشكلة أيضا بمدى التقدم الاقتصادي للمجتمع وقدرته على تلبية حاجات المعاقين الخاصة ، والتي غالبا ما تجاوز القدرات الاقتصادية للوالدين ، كما ترتبط بالأمان الاقتصادي الذي يتمتع به الطبيب من حيث التغطية التأمينية لمسئوليته

إذا تقررت في هذا الشأن ، وبمدى الاستعداد الاقتصادي لشركات التأمين التي تغطي المسئولية الطبية لتغطية العبء المالي المترتب على تقرير مسئولية الأطباء ، وكذلك بمدى استعداد جهات التأمين الصحي لتغطية حاجات الأطفال المشمولين به .

ومن الناحية الاجتماعية ، وبدقة أكثر ، من ناحية القانون الاجتماعي أو التشريعات الاجتماعية ، ترتبط المشكلة بمدى رسوخ وقوة فكرة التضامن الاجتماعي أو التضامن القومي ، من المجتمع ككل تجاه أفراده الأكثر ضعفا ، وبصفة خاصة المعاقين منهم ، ومدى ترجمة هذه الفكرة في شكل نصوص تشريعية تمنحهم حقوقا محددة وليس وعودا مرسلة خالية من المضمون ، وهو ما يتطلب بطبيعة الحال أن يوفر التشريع الموارد المالية اللازمة لتمويل هذا التضامن القومي .

ومن الناحية العلمية الطبية ترتبط هذه المشكلة بعدة جوانب ، منها مدى التطور الذي وصل إليه طب التشخيص قبل الولادة ، والقائم على بعض التحاليل الطبية وبصفة خاصة في مجال الجينات والكروموسومات والفحص بالموجات فوق الصوتية ، إذ يعكس هذا التطور أثرا قانونيا هاما وهو تحديد ما يتوقعه الوالدان من جانب الأطباء من القدرة على الاكتشاف المبكر للتشوهات المحتملة للجنين ، ومدى إمكانية القول بأن التزام الأطباء في هذا الشأن قد أصبح التزاما بتحقيق نتيجة على خلاف الأصل العام في التزامات الأطباء .

وكذلك مدى التطور الذي وصل إليه طب العلاج قبل الولادة وهو فرع طبي في غاية الحداثة قد يسمح في المستقبل بعلاج بعض العيوب الخلقية أو الأمراض اللاحقة بالجنين قبل ولادته ومن ثم تجنب الإجهاض كحل وحيد لهذه المشكلة ، وبمدى التطور الطبي بصفة عامة في تخفيف آثار بعض أنواع الإعاقة أو الأمراض المزمنة والتي قد تجعل من بعض صور الإعاقة المثيرة للفزع أمرا محتملا في ظل السيطرة الطبية على أعراضها ومضاعفاتها المتوقعة ، وهو ما سيدفع بالضرورة أيضا إلى تجنب اللجوء إلى الإجهاض إلا في حدود ضيقة .

ودون استطراد يبعدنا عن الفكرة التي بدأنا بها ، نؤكد أن هذه المشكلة ليست مشكلة مصطنعة أنتجتها أفكار فئة مترفة من الفقهاء ، ومن ثم كان البحث عن حل لها نابع أيضا من كل من يهمهم الأمر في المجتمع الفرنسي ، لتظهر لوحة رائعة من الجدل المشوب بالحماس من جانب القضاء والفقه ومؤسسات المجتمع المدني من نقابات وجمعيات لكي يتدخل المشرع ليضع حلا في النهاية دون أن يعد هذا الحل القول الفصل الذي يعبر عن تحكم المشرع وسلطة الدولة ، بل نتيجة لمناقشة ثرية من جانب كل هؤلاء .

أما عن رأينا الخاص في مشكلة البحث فنوجزه فيما يلي :

أولا : هل هناك علاقة سببية بين الخطأ في التشخيص قبل الولادة وبين الإعاقة التي لحقت بالطفل ؟ سننضم هنا دون تردد إلى الفقه الذي أجاب

بالنفي استنادا لذات الحجج التي عرضناها خلال الدراسة ، ولكن ذلك لا يعني أننا نسلم بإعفاء الطبيب من كل مسئولية عن خطئه في هذا الشأن وهو ما سنتداركه لاحقا .

ثانيا : هل هناك ضرر واجب التعويض قانونا ؟ لن نسير هنا مع خصوم حكم PERRUCHE إلى نهاية الطريق والذين ميزوا بشكل حاسم بين ضرر الوالدين وضرر الطفل ، وهو ما أصر عليه هؤلاء الأنصار بشكل مبالغ فيه ، ولكننا سنكون أكثر واقعية ونقول أنه من الصعوبة في هذه الحالة أن نتحدث بمنتهى التنظير عن ضرر خاص بالوالدين وضرر خاص بالطفل وأن نميز بشأن ضرر الوالدين بين ضررهما الشخصي وضررهما المرتد وكذلك بين ضررهما المادي وضررهما الأدبي ، وأن نميز بشأن ضررهما المادي بين ذلك الذي أصابهما بضرر اقتصادي بسبب واقعة الإعاقة وذلك الناتج عن الأعباء الخاصة الناتجة عن الإعاقة ، ونعطي من ثم لكل من هذه الأضرار حكما خاصا يتفق مع التعريف النظري لكل ضرر من هذه الأضرار .

ونبادر إلى نفي شبهة إهمالنا لهذه التقسيمات الراسخة للضرر ، ولكن ما نريد أن نقوله هو أنه بشأن هذه المأساة بالذات ، يصعب الفصل كثيرا بين كل نوع من أنواع الضرر ، إذ ترتبط مأساة الطفل ارتباطا وثيقا بمأساة والديه ، بحيث يتعذر عملا وضع حدود دقيقة بين ما ينبغي أن يحصل عليه الطفل من تعويض وبين ما يحصل عليه والداه ، طالما أن العبء الرئيسي لهذه الإعاقة يقع على كاهلهما ، ومن

ثم فإننا لن نجتهد كثيرا في تسمية الأضرار التي نرى تحققها في هذا الشأن وسنركز أكثر على البحث عمن يتحمل عبء تعويضها وأساس هذا التعويض .

ونبدأ بالضرر الأدبي المتمثل في حرمان الوالدين من فرصة اللجوء إلى الإجهاض الإرادي للحمل ، ومن ناحيتنا فإننا لا نرى وجوب التعويض عن هذا الضرر كضرر مستقل ، إذ يعد ذلك – في نظرنا – من قبيل الإغراق في تعداد الأضرار اللاحقة بالوالدين إذ أنه يدخل في الحقيقة – في رأينا – في نطاق الضرر التالي وهو عدم توقع وعدم استعداد الوالدين لاستقبال طفل معاق .

أما عن الضرر المتمثل في عدم توقع وعدم استعداد الوالدين لاستقبال طفل معاق فيتحلل في رأينا إلى نوعين من الضرر أولهما الضرر الأدبي المتمثل في الأسى والحزن المرتبط برؤية مأساة الابن المعاق ، ونرى أن هذا الضرر يتطابق إلى حد بعيد مع الضرر الأدبي المرتد على الوالدين من واقعة الإعاقة ، ومن ثم فلا محل في رأينا لتمييز كل منهما عن الآخر ، ***ويعد هذا الضرر هو الضرر النموذجي الذي يسأل الطبيب عن تعويضه دون خلاف في ذلك بين الفقه والقضاء الفرنسيين وهو ما يتفق مع المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ .***

والنوع الثاني هو الضرر المادي المتمثل في عدم الاستعداد المادي لاستقبال الطفل المعاق ، وهنا أيضا فإننا لن نميز بين الضرر الاقتصادي الذي يلحق بالوالدين بمناسبة هذه الإعاقة مثل اعتزال الأم للعمل لكي تتفرغ لرعاية الطفل المعاق ، وبين الأعباء الخاصة برعاية الطفل المعاق مثل توفير تعليم خاص أو أدوات تعويضية وغير ذلك ، وسنعبر عنها جميعا بالضرر المادي الناتج عن الإعاقة ، إذ لا مبرر لهذه التفرقة من وجهة نظرنا ، بل أننا نرى أنه لا وجه للتفرقة بشأن هذا الضرر بين تعويض الوالدين وتعويض الطفل ، إذ أن هدف هذا التعويض هو مواجهة الأعباء المادية الناتجة عن الإعاقة وهو ما يصعب التفرقة بشأنه بين ضرر الطفل وضرر الوالدين في ظل ما أسلفناه من وقوع عبء العناية به على والديه بصفة أساسية .

ونتساءل بعد أن جمعنا الأضرار المادية الناتجة عن الإعاقة في ضرر واحد على هذا النحو : هل يسأل الطبيب عن تعويض هذا الضرر ؟ وهنا فإننا لا نوافق (على خلاف ما رآه خصوم حكم PERRUCHE) على أن الطبيب ليس مسئولا عن تعويض هذا الضرر على الإطلاق ، وليس في ذلك تناقض مع ما سبق أن قررناه من عدم توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والإعاقة ، صحيح أن خطأ الطبيب لم يسبب الإعاقة ولكنه ساهم في إحداث الضرر الناتج عن الإعاقة ، وهو ما فات الفقه الفرنسي أن يلفت النظر إليه ، فهناك فرق – في رأينا – بين التعويض عن الإعاقة كضرر في حد ذاتها ، وبين

التعويض عن الضرر الناتج عن هذه الإعاقة ، وإذا كنا نقول أن خطأ الطبيب لم يسبب الإعاقة ولكنه ساهم دون جدال في الضرر المترتب على هذه الإعاقة أي ما ترتب عليها من أعباء مادية في هذه النقطة بالذات .

ولكن هل يسأل الطبيب عن تعويض هذا الضرر بالكامل (كما رأى أنصار حكم PERRUCHE) ؟ لا نوافق أيضا على ذلك وإلا كان في ذلك مبالغة في ترتيب الآثار المترتبة على خطأ الطبيب وإغفال للدور الذي لعبه العيب الخلقي نفسه – أي القضاء والقدر – في إحداث الإعاقة ومن ثم ما ترتب عليها من ضرر ، ومن ثم فلا مفر هنا من تطبيق القواعد العامة في المسئولية وتوزيع التعويض على الأسباب المختلفة التي سببت الضرر ، ومن ثم يجب أن يتحمل الطبيب جزءا من هذا التعويض – سواء بنفسه أم بواسطة مؤمنه – ويجب هنا أن نسلم بأن من الصعب تحديد النسبة التي يتحملها الطبيب من هذا التعويض وفقا للنسبة التي ساهم بها في إحداث الضرر ، ومن هنا لا مفر من القول أن ***هذا التعويض لن يتحدد بناء على المبدأ التعويضي (كل الضرر ولاشيء سوى الضرر) بل سيترك تقديره للقاضي في ظل بعض العناصر الهامة*** مثل مدى ما نسب للطبيب من إهمال وخروج على القواعد العلمية المتعارف عليها في التشخيص وبمعنى آخر وفقا لجسامة الخطأ ، وكذلك مدى ما وصل إليه العلم الطبي من تقدم في هذا النوع من التشخيص وبصفة خاصة النسبة المألوفة لنجاح فرصة

اكتشاف العيب الخلقي أو سبب الإعاقة ، وكذلك مدى ندرة العيب الخلقي أو صعوبة اكتشافه في الظروف العادية للتشخيص ، أما الجزء الباقي من التعويض فينبغي أن يتم عن طريق التضامن القومي ، وغني عن البيان أن التعويض عن طريق التضامن القومي ، وأيا كانت الآلية التي سيطبق من خلالها ، لن يمكن تحديد مبلغه إجمالا بصورة مسبقة نظرا لأنه سيكون في الغالب في شكل راتب لمدى الحياة يدفع من الجهة العامة التي تتولى أداءه .

يبقى أخيرا الضرر الشخصي الخالص الذي لحق بالطفل وهو ما أصابه من ضرر جسدي وما لحقه من ضرر أدبي يتمثل في معاناته طيلة حياته ، وهو ما نرى دون جدال تعويضه عن طريق التضامن القومي إذ أن القول بمسئولية الطبيب عن ذلك يعد مبالغة جسيمة في ترتيب النتائج على ما وقع منه من خطأ .

ولا يفوتنا أيضا أن نؤكد بهذه المناسبة على بعض المبادئ والأفكار العامة التي استخلصناها من خلال هذه الدراسة وهي :

١- لا يجوز أن تعتبر واقعة الميلاد في حد ذاتها بمثابة ضرر واجب التعويض قانونا .

٢- ليس للإنسان حق في ألا يولد أو أن يولد على نحو معين .

٣- أن القواعد التي تجيز الإجهاض لغرض طبي وما يرتبط به من مسائل قانونية متنوعة هي قواعد استثنائية ومن ثم فلا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها .

٤- أن القواعد التقليدية للمسئولية المدنية ليست كافية في بعض الحالات لجبر ما لحق الشخص من ضرر ومن ثم وجب تدخل قواعد أخرى وبصفة خاصة التشريعات الاجتماعية القائمة على فكرة التضامن القومي.

أما عن مصر ، فننتهز هذه المناسبة للقول بأن الوقت قد حان لتدخل المشرع بنص صريح يحسم الحالات التي يجوز فيها الإجهاض لغرض طبي ، وعدم ترك المسألة لاجتهاد القضاء في هذا الشأن ، فإذا سمح المشرع بالإجهاض لغرض طبي في حالة توقع الإعاقة الجسيمة للطفل ، فإن المشكلة التي تناولناها هنا ستطرح بكافة أبعادها في ظل القانون المصري أيضا ، ومن ثم يتعين أن يتضمن التشريع الصادر في هذا الشأن تنظيما للمسئولية الطبية في حالة الخطأ في التشخيص قبل الولادة الذي يحول دون الإجهاض الطبي في الحالة التي يكون جائزا فيها ، أما عن فكرة التضامن القومي فلا جدال في أنها مدعوة بقوة لتطرح في القانون المصري في مجال مساعدة المعاقين على وجه الخصوص .

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية :

مراجع عامة :

أحمد حشمت أبو ستيت :

نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد : الكتاب الأول : مصادر الالتزام ، مطبعة مصر ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ .

أحمد شوقي محمد عبد الرحمن :

النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ١٩٨٩ .

أنور سلطان :

مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٧٠ .

جلال العدوي :

أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٧ .

جميل الشرقاوي :

النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ١٩٧٦ .

حسام الدين كامل الأهواني :

النظرية العامة للالتزام ، المجلد الثاني : المصادر غير الإرادية ، بدون دار نشر ، ١٩٩٨ .

سليمان مرقص :

محاضرات في المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية (القسم الأول: الأحكـام العامـة) ، جامعـة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٨ .

عبد الرزاق السنهوري :

الوسـيط في شرح القانون المدني الجديد : نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢ .

عبد المنعم فرج الصدة :

مصادر الالتزام ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٩٦٠ .

محمود جمال الدين زكي :

الوجـيز فـي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٨ .

مراجع متخصصة وأبحاث :

أحمد السعيد الزقرد :

تعويـض ضـحايا مـرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل دم ملـوث، مجلـة المحامـي (الكويـت) السـنة التاسـعة عشـرة /يناير/فبراير/مارس ١٩٩٥ .

أحمد شرف الدين :

مسئولية الطبيب : مشكلات المسئولية المدنية في المستشفيات العامة ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٦ .

أحمد محمود سعد :

مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، ١٩٨٣ .

أسامة أبوالحسن مجاهد :

التعويض عن الضرر الجنسي ، دار النهضة العربية ،٢٠٠١ .

عبد الرشيد مأمون :

عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ .

محسن البيه :

نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية ، مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٩٣.

محمد حسين منصور :

المسئولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٨٩.

رسائل دكتوراة :

أشرف جابر :

التأمين من المسئولية المدنية للأطباء ، رسالة ، القاهرة ١٩٩٩ .

ثانيا : باللغة الفرنسية

Ouvrages généraux :

CHARTIER (Yves) :
La réparation du préjudice , *DALLOZ* 1983 .

FLOUR (Jacques) et **AUBERT** (Jean-Luc) :
Droit civil , Les obligations , II , Sources : Le fait juridique, *Armand Colin* , 1984 .

LE TOURNEAU (Philippe) et **CADIET** (Loïc) :
Droit de la responsabilité , *DALLOZ* , 1996 .

MARTY (Gabriel) et **RAYNAUD** (Pierre) :
Droit civil , Les obligations, Tome I : Les sources , *SIREY*, 2e édition , 1988 .

STARCK (Boris) , **ROLAND** (Henri) et **BOYER** (Laurent) :
Droit civil , Obligations, 1.Responsabilité délictuelle , LITEC 2 e éd. 1985.

TUNC (André) :
La responsabilité civile , ECONOMICA, 2e édition 1990 .

VINEY (Geneviève) :
Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions, *L.G.D.J.* 1982 .

Ouvrages spéciaux :

CHAMMARD (Georges Boyer) et MONZEIN (Paul) :
La responsabilité médicale , *P.U.F.* 1974 .

DORSNER-DOLIVET (Annick) :
Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : À propos de la chirurgie , *L.G.D.J.* 1986 .

FROSSARD (Joseph) :
La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat , *L.G.D.J.* 1965 .

PENNEAU (Jean) :
La responsabilité médicale , éditions *SIREY* 1977 .

....

RODIÈRE (René) :
(Sous sa direction et avec les réflexions comparatives de Michel PEDAMON) :
Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle: Étude comparative dans les pays du marché commun .
Institut de droit comparé de l'úniversité de PARIS II , avec le concours du centre national de la recherche scientifique . Éditions A. PEDONE . 1983 .
* **A. McCRAKEN** (Sheelagh) : *ANGLETERRE ET IRLANDE* .
* **COUDERT** (Dominique) et **FOUQUES-DUPARC** (Régis) : *FRANCE* .
* **COURTOIS** (Hélène) : *ITALIE* .
* **ECKERT** (Janie) et **FOUQUES-DUPARC** (Régis) : *BELGIQUE ET LUXEMBOURG* .

* **FERON** (Dominique) : *DANEMARK* .
* **G. SCHINAS** (Jean) : *GRECE* .
* **SCHWEINBERGER** (Eugen) : *ALLMAGNE* .

………………………………………………………………………………………….

Articles :

Association pour Adultes et Jeunes Handicapés ; Actualités de l'APAJH :
Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé .
http://www.apajh.org/actuetcomm/pagenews.php3?idnum=203&couldee=3

AUBERT (Jean-Luc) :
L'indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas du être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) : D. 2001 chron. P. 490 .

AYNÈS (Laurent) :
Préjudice de l'enfant handicapé : La plainte de Job devant la Cour de cassation, D. 2001, chr., p. 492.

BESLAY (Nathalie) :
L'Affaire Perruche en question .
http://www.medcost.fr/html/droit_dr/mag_17/perruche.htm

BRUNETTI-PONS (Clotilde) :
L'émergence d'une notion de couple en droit civil . RTD civ. (1) janv.-mars 1999 p. 27 et s.

BLANCHARD (Sandrine) :
Le calvaire des parents de Romain, handicapé à vie : LE MONDE 25/6/2002 .
http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3226--282239,00.html

CARLOT (JF) et **MOREL** (Christian) :
ACTUALITES JURIDIQUES DU RISQUE MEDICAL .
Cabinet d'Avocats, Jean-François CARLOT .
http://www.JURISQUES.com/jfc21.htm

DURRIEU-DIEBOLT :
L'arrêt PERRUCHE et ses suites . SOS-Net (La plus grande base de données juridiques grand public , Un serveur bénévole de l'association Droit pour Tous)
http://sos-net.eu.org/medical/perruche.htm

EVIN (Claude) :
Trois questions à Claude EVIN : LE MONDE 15/6/2002 , Propos recueillis par Sandrine BLANCHARD .
http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3209--280654,00.html

FABRE-MAGNAN (Muriel) :
Avortement et responsabilité médicale . RTD civ. (2) 2001 p. 285 .

GAUTIER (Pierre-Yves) :
« Les distances du juge » à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile . JCP , Éd. G. 2001 , I , 287, n°2 p.67.

GOMBAULT (Nicolas) :
La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un foetus . Gaz. Pal. numéro spécial Droit de la santé , 14 juillet 1996 .

JESTAZ (Philippe) :
Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire PERRUCHE) , RTD civ. (3) 2001 , p.547 .

KAYSER (Pierre) :
Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique . DALLOZ 2001 , n°24 p. 1889 .

LABRUSSE-RIOU Catherine et **MATHIEU** Bertrand :
La vie humaine peut-elle être un préjudice ? D. 2000 , n°44 , Point de vue .

LAPOYADE DESCHAMPS (Christian) :
Les médecins à l'éprouve (à propos de l'arrêt de la 1re chambre civile du 25 février 1997) . Responsabilité civile et assurance , avril 1997 p.4 .

MARKESINIS (Basil) :
Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt PERRUCHE , RTD civ. (1) 2001 , p.77 .

MAZEAUD (Denis) :
Naissance, handicap et lien de causalité : Interview , D. 2000 n°44 . (Propos recueillis par Pierre Rance , Journaliste, et chroniquer jdiciaire)

MÉMETEAU (Gérard) :
* L'action de vie dommageable, JCP Éd. G. 2000, I, 279 , p.2279 .

* Des médecins qui avaient peur du droit . Gaz. Pal. 7-8 septembre 2001 p. 3.

Patrice (Planté) :
Ils ont enfin créé un " droit à " leur image : Le Droit à la mort ! SOS Action santé Europe (Union Européenne des professions liberals) .
http://www.sos-action-sante.com/editoria/droimage.htm

PENNEAU (Jean) :
Médecine , *DALLOZ* ENCYCLOPÉDIE , CIVIL .

PRIEUR (Cécile) :
La Cour de cassation confirme sa "jurisprudence Perruche" tout en la nuançant . LE MONDE 13/07/2001 11 h.47 .
http://www.lemonde.fr/article/0%2C5987%2C3226--207709-%2C00.html

RADÉ (Christophe) :
Trois questions à Christophe RADÉ : LE MONDE 25/6/2002 , Propos recueillis par Sandrine BLANCHARD .
http://www.lemonde.fr/imprimer_article_ref/0,9750,3226--282238,00.html

ROSSANT (Lyonel) , et **ROSSANT-LUMBROSO** (Jacqueline) :
La trisomie 21 , mongolisme ou syndrome de Down , Encyclopédie médicale .
http://www.doctissimo.fr/html/sante/encyclopedie/sa_1163_trisomie21.htm

SARGOS (Pierre) :
* Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale . Recueil *DALLOZ* , 1996 , Chronique p.365 .

* Réflexions médico-légales sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, JCP 2001, I, 322 .

TERRÉ (François) :
Le prix de la vie , JCP , Éd. G. N°50 – 13 décembre 2000 p.2267 .

VINEY (Geneviève) :
Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion . Cass. ass. plén. , 17 novembre 2000 , JCP , Éd. G. 2001 , I , n°286 p.66 .

Notes et observations :

BLOCH (Cyril) :
La réparation du préjudice de l'enfant né handicapé : La résistance de la cour d'Aix à la jurisprudence (Perruch)? *Note* sous CA Aix-en-Provence, 10ᵉ ch. Civ., 21 mars 2001; A. c/B. et X. ; JCP Éd. G. N°40- 3 octobre 2001, II , 10600 p. 1829 .

CHABAS (François) :
* Note sous cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP 2000 , II , n° 10438 p.2311 .

* Note sous cass . Assemblée plénière 13 juillet 2001, JCP 2001, n° 40, II, 10601, p.1842.

D'ONORIO (Joël-Benoît) :
Note sous Conseil d'Etat 2 juillet 1982, Delle R… c. Centre hospitalier de M…D. 1984, Jur. p. 425 .

DORSNER-DOLIVET (Annick) :
Note sous Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1991 B. n° 248 ; JCP 1992, II, 21947 .

GRIDEL (Jean-Pierre) :
Note sous TGI Montpellier, 15 décembre 1989, JCP 1990, II, 21556 .

GUIGUE (Jean) :
Note sous Cass. assemblée plénière 13 juillet 2001 (3 arrêts), Gaz. Pal., 7-8 septembre 2001 p.27 .

HAUSER (Jean) :
* Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 , p.871.

* Obs. Sous CA Orléans , 5 févr. 1999, RTD civ. 2000, p. 80 .

* Obs. Sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000 RTD civ. (1) 2001 , p.103 .

JOURDAIN (Patrice) :
* Note sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 RTD civ. 1996 p. 623 .

* Note sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 336 .

* Préjudice de l'enfant né handicapé : l'assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions . *Note* sous cass. ass. plén. 13 juillet 2001. D. 2001, n° 29, jurisprudence , n°1 p. 2326 .

LE TOURNEAU (Philippe) :
Note sous Cass. Civ. 1ère, 25 juin 1991 Bull. Civ. n° 213, D. 1991, Jur., p. 566 .

MAZEAUD (Denis) :
Réflexion sur un malentendu : *Note* sous cass. Assemblée plénière17 novembre 2000, D. 2001 n°4 , Jur. p. 332 .

MODERNE (Franck) :
Note sous Conseil d'Etat 2 juillet 1982, Delle R… c. Centre hospitalier de M…, Gaz. Pal. 1983, I, p.193 .

MOINE-DUPUIS (Isabelle) :
Note sous Cass. Crim. 4 février 1998 , Bull n°43 p. 109, JCP 1999, II , 10178 .

MURAT (Pierre) :
Obs. Sous Cass. 1re civ. 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n° 3946 .

PENNEAU (Jean) :
* Obs. sous CA Versailles, 8 juillet 1993, D. 1995, somm. p. 98 .

* Obs. sous CA Paris 17 décembre 1993, D. 1995, somm. p. 98 .

* Obs. sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 D. 1997 somme. p. 322 .

RASSAT (Michèle-Laure) :
Note sous Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 , JCP 2001, n° 29, II, 10564, p.1452 .

ROCHE-DAHAN (Janick) :
Note sous Cass. 1re civ. 26 mars 1996 D. 1997, Jur. p. 35.

VINEY (Geneviève) :
* Obs. Sous Cass. 1re civ., 26 mars 1996 ; JCP 1996, I, n°3985 .

* Obs. Sous CE 14 février 1997 , JCP G. 1997 ,I, 4025 .

Conclusions , Rapports , Documents :

BLONDET (Conseiller à la Cour de cassation , Conseiller rapporteur) :

* Rapport : Cass. assemblée plénière 13 juillet 2001 (3 arrêts).
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-17359rap.htm

* Rapport : Cass. Assemblée plénière 28 novembre 2001 .
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197rapp.htm

SAINTE-ROSE (Jerry) , Avocat Général :

* CONCLUSIONS : Cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP Éd. G. 2000 , II , n° 10438 p.2302 et s.
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701concl.htm

* CONCLUSIONS : Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 , JCP 2001, n° 29, II, 10564, p.1432 .

* CONCLUSIONS : Cass. assemblée plénière 13 juillet 2001 (3 arrêts) , JCP 2001, n° 40, II, 10601 p.1833 et s.
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/97-17359conc.htm

* Conclusions : Cass. Assemblée plénière 28 novembre 2001
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/00-11197acc.htm

SARGOS (Pierre) , (Conseiller à la Cour de cassation , Conseiller rapporteur) :

* Rapport : Cass. ass. plén. 17 nov. 2000 , JCP Éd. G. 2000 , II , n° 10438 p.2293 et s.
http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm

* Rapport : Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 , JCP 2001, n° 29, II, 10564 , p.1432 .

Communiqué : du Groupement des Gynécologues Obstétriciens de Langue Française de Belgique (G.G.O.L.F.B.), à la presse, relativement à l'Arrêt « Perruche ».
http://web.wanadoo.be/ggolfb/com_press_ggolfb_05122001.htm

Dictionnaires spécialisés :

Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies .
(La jurisprudence Perruche « cassée » par la loi) .
http://www.editions-legislatives.com/actualite/dossier/archives/2002/mars-2.html

ثالثا : باللغة الإنجليزية :

WELCH (Jack) :
Trisomy 21 (Down Syndrome) , GUCFM Georgetown University , Community and Family Medicine Web Server .
http://www.family.georgetown.edu/welchjj/netscut/genetics/trisomy21.html

رابعا : مواقع على شبكة الإنترنت :

* موقع محكمة النقض الفرنسية :

www.courdecassation.fr

* موقع المجلس الدستوري في فرنسا :

www.conseil-constitutionnel.fr

* موقع نقابة الأطباء الفرنسية :

Ordre national des médcins :
www.conseil-national.medecin.fr

* موقع المركز القومي للبحث العلمي :

Center national de la recherche scientifique

www.cnrs.fr

* موقع المركز الطبي الجامعي في Rouen :

Centre hospitalier universitaire de Rouen – Hôpitaux de Rouen .
www.chu-rouen.fr

* موقع مجلس الدولة الفرنسي :

www.conseil-etat.fr

* موقع GLOSE.ORG القانوني :

http://www.glose.free.fr

* موقع doctissimo الطبي :

http://www.doctissimo.fr

* موقع جامعة جورج تاون :

http://www.family.georgetown.edu

* موقع :

Revue de l’actualité juridique française ,RAJF .
www.rajf.org

* موقع adminet القانوني :

http://www.adminet.com

* موقع :

(SOS Action santé Europe (Union Européenne des professions liberals).
http://www.sos-action-sante.com

* موقع wanadoo الطبي :

http://web.wanadoo.be

* موقع تشريعات الحكومة الفرنسية على شبكة الإنترنت :

http://www.legifrance.gouv.fr

* موقع : **(تجمع الآباء ضد الخوف من الإعاقة على أثر حكم (Perruche :**

Collectif des parents contre l'handiphobie suite à l'arrêt Perruche
http://www.handicap-savoir.com/handiphobie

موقع صحيفة LE MONDE :

http://www.lemonde.fr

موقع juris-classeur :

http://rb.juris-classeur.com

موقع : قولوا لا لقانون ٤ مارس ٢٠٠٢ :

Dites NON ! à l'article 1 de la loi du 4 mars 2002 .
http://www.loi-du-4-mars.org

الفهرس

الموضوع		الصفحة
	رفض تعويض الطفل بحجة عدم توافر شروط الإجهاض الإرادي للحمل وهو ما لم تتناوله محاكم الاستئناف	١٨٢
	٣- عدم صحة تسبيب الأحكام استنادا لعدم توافر شروط الإجهاض الإرادي للحمل	١٨٦
	٤- عدم التفات الجمعية العمومية لعدم توافر الخطأ في إحدى الدعاوى	١٨٩
	٥- الجمعية العمومية لم تتخذ موقفا حاسما في هذه الأحكام	١٨٩
الفرع الثالث	الفقه المؤيد لقضاء الجمعية العمومية في ١٣ يولية ٢٠٠١	١٩١
المطلب الثالث	إصرار الجمعية العمومية على موقفها في ٢٨ نوفمبر ٢٠٠١	٢٠٠
المطلب الرابع	المشرع الفرنسي يعالج المشكلة في قانون ٤ مارس ٢٠٠٢ بشان حقوق المرضى وجودة النظام الصحي	٢١٢
الفرع الأول	أحكام المادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢	٢١٣
أولا	المبدأ الأساسي : الميلاد في حد ذاته ليس ضررا واجب التعويض قانونا	٢١٥
ثانيا	مدى كفاية المبدأ السابق للقضاء على قضاء PERRUCHE	٢١٦
ثالثا	التأكيد على أن رجوع الطفل المعاق على الطبيب يتم وفقا للقواعد العامة في المسئولية	٢١٨
رابعا	النص على حدود لتعويض الوالدين	٢١٩
خامسا	ضرورة تفعيل هذا التشريع	٢٢٠
الفرع الثاني	النقد الموجه للمادة الأولى من قانون ٤ مارس ٢٠٠٢	٢٢٢
أولا	الخطاب الموجه من بعض جمعيات الدفاع عن المعاقين	٢٢٢
ثانيا	النقد الموجه للمادة ١ من بعض رجال السياسة والقانون	٢٢٤

رقم الإيداع ٢٠٣٩٧/٢٠٠٢
الترقيم الدولي I.S.B.N
977-04-4062-0



للطباعة
يسرى حسن إسماعيل
شارع عبد العزيز - الهدارة ٢ عابدين
عابدين ت ٢٩١٠٠٧٥٠ دار السلام ت ٢٢٠٩١١٨٠